Versuch und Wahnverbrechen bei Rechtfertigungsgründen

Eine Untersuchung
über den negativen Rechtfertigungsirrtum

FRITZ KÖNIG

1962

Versuch und Wahnverbrechen bei Rechtfertigungsgründen

Eine Untersuchung über den negativen Rechtfertigungsirrtum

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Fritz König

1962

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

Seite:

Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit 1

II. Meinungsstand 2

1) Straflos 2
2) Vollendete Tat 2
3) Versuch 2
4) Verschieden (Versuch, Vollendung) 3

III. Methode der Untersuchung 3

Abhängigkeit der Lösung von Entscheidungen, die außerhalb des Themas liegen 3

a) Das Ziel des Strafgesetzbuchs
b) Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit

A. Die objektive Verbrechensauffassung

I. Wesen des Verbrechens 6

1) Rechtsgut 8
2) Verletzung oder Gefährdung 9

II. Vertreter der objektiven Verbrechensauffassung 10

1) Verbrechensaufbau 10

a) Menschliches Verhalten
b) Tatbildmäßigkeit
c) Rechtswidrigkeit
d) Schuld

Aufbau nach von Hippel 15

2) Versuch 15

a) Absolute - Relative Untauglichkeit
b) Gefährlichkeit

Seit

III. Der negative Rechtfertigungsirrtum 17

IV. Die objektive Verbrechenstheorie in der heutigen Strafrechtsdogmatik 20

B. Die subjektive Verbrechensauffassung

I. Wesen des Verbrechens 22

II. Verbrechensaufbau 24

1) Methode der Untersuchung 24
Exkurs: Strafbare, nicht-rechtswidrige Taten? 26

2) Geschichte der Tatbestandslehre 27

a) Der wertfreie Tatbestand Belings
b) M.E. Mayer
c) Der Unrechtstatbestand
aa) Der Tatbestand als vorläufiges Unwerturteil
bb) Die subjektiven Unrechtselemente
cc) Der Tatbestand als endgültiges Unwerturteil

3) Die beiden wichtigsten heute vertretenen Tatbestandslehren 31

a) Die Lehre vom Leitbildtatbestand
b) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (LvnT)
Exkurs: Offene Tatbestände 33

4) Aufgaben des Tatbestandes 34

a) Garantietatbestand
b) Irrtumstatbestand
c) Systemtatbestand

5) Der Irrtumstatbestand 36

a) Die Vorsatztheorien
b) Schuldtheorie I
c) Schuldtheorie II

III. Fälle des Irrtums 47

1) Gesetzlich geregelt 47

a) Tatbestandsirrtum
b) Versuch

Seite:

2) Gesetzlich nicht geregelt 50

a) Verbotsirrtum
b) Wahnverbrechen

IV. Der negative Rechtfertigungsirrtum (nRi) 54

1) Der nRi als Versuch 54

a) Das Umkehrverhältnis zwischen Tatbestandsirrtum und Versuch
b) Konsequenzen für den nRi
aa) Vorsatztheorien
bb) Schuldtheorie I

2) Der nRi als vollendete Tat bzw. als Wahndelikt 61

a) Das "Putativdelikt" als Spiegelbild des Verbotsirrtums
aa) Der negative abstrakte Verbotsirrtum
bb) Der negative Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt
b) Das Umkehrverhältnis zwischen Verbotsirrtum und Wahndelikt
aa) Der Normverstoß als wesentliches Merkmal des strafbaren Verhaltens
bb) Normverstoß auch beim nRi?
α) Verhältnis von Norm, Tatbestand und Rechtfertigung
β) Das subjektive Rechtfertigungselement
γ) Das Institut der Norm
δ) Das vollendete Verbrechen
ε) Der Versuch Wiedows
-Handlungsunwert und Erfolgsunwert-
-Rechtswidrigkeit und Duldungspflicht-
ζ) Schadensersatzpflicht bei objektiv rechtswidriger Handlung
η) Gültigkeit des Ergebnisses für andere Rechtfertigungsgründe
cc) Die im negativen Rechtfertigungsirrtum begangene Tat: ein Wahnverbrechen
c) Das "Putativdelikt": ein Wahnverbrechen
d) Selbstverständliche Straflosigkeit des Wahnverbrechens?

3) Der nRi nach der Rechtssprechung des BGH 78

Exkurs: Goldschmidt, Nowakowski und Kadečka 79

Zusammenfassung 80

Seite

C. Positive Regelung

I. Geltendes Recht - § 22 I 2 WStG, § 1o9 b V 2 StGB 81

1) Stellungnahmen zu § 22 I 2 WStG 82

2) Stellungnahmen zu § 1o9 b V 2 StGB 84

II. Der Entwurf 196o 86

1) §§ 291 II 2, 295 III 2, 419 IV 2 und 427 III 2 - Straflosigkeit des nRi 87

2) Der positive Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt 88

D. Zusammenfassung 91

E. Eigene Stellungnahme für die objektive Verbrechensauffassung

1) Die Freiheit des Menschen 93

2) Aufgabe des Staates 97

3) Aufgabe des Strafrechts 99

Schrifttumsverzeichnis

Allfeld Philipp, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 9. Aufl., Leipzig 1934

Arndt Herbert, Grundriß des Wehrstrafrechts, München-Berlin 1958

Bar Ludwig von, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Band III, Berlin 1909

Baumann Jürgen, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Bielefeld 1961

Baumgarten Arthur, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen 1913

Beling Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906
- , Unschuld, Schuld und Schuldstufen, Leipzig 1910
- , Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., Tübingen 1930
- , Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930

Beseler Gerhard von, Juristische Miniaturen, Leipzig 1929

Binding Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig, Band II 1914/1916, Band III 1918
- , Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1895
- , Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig 1919

Bockelmann Paul, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949
- , Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, GA 1954/ 193 ff.
- , Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, Strafrechtliche Untersuchungen S.135 ff., Göttingen 1957
- , Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Strafrechtliche Untersuchungen S.150 ff., Göttingen 1957

Bruns Hans-Jürgen, Der untaugliche Täter im Strafrecht, Karlsruhe 1955

Bruns Hermann, Kritik der Lehre vom Tatbestand, Bonn-Köln 1932

Busch Richard, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-Festschrift S.165 ff., München-Berlin 1954

Class Wilhelm, Grenzen des Tatbestandes, Breslau 1933

Dahm Georg, Verbrechen und Tatbestand, Berlin 1935

D o h n a Alexander Graf zu, Die Rechtswidrigkeit, Halle 1905
- , Recht und Irrtum, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925
- , Versuch, in: Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts S.93 ff., Berlin-Leipzig 1926
- , Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., Bonn 1947

D r e h e r Eduard, Das neue Wehrstrafrecht, JZ 1957/ 393

D r e h e r - L a c k n e r - S c h w a l m , Wehrstrafgese München-Berlin 1958

E h m k e Horst, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin 1953

E n g i s c h Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
- , Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931
- , Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- , Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, MonKrimBiol 1938, S.133 ff.
- , Der Arzt im Strafrecht, MonKrimBiol 1939, S.414
- , Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-Festschrift S.141 ff., Berlin 1944
- , Der Begriff der Rechtslücke, Sauer-Festschrift S.85 ff., Berlin 1949
- , Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1950
- , Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953
- , Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht Mezger-Festschrift S.127 ff., München-Berlin 19
- , Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operatio 3. Aufl., Jena 1954
- , Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in de Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neu Wege zu gehen? ZStW 66/339 ff.
- , Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956
- , Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-Festschrift S.165 ff., Aalen 1957
- , Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70/566 ff.
- , Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrif Deutscher Juristentag 1960, S.401 ff.
- , Zur "Natur der Sache" im Strafrecht, Schmidt-Festschrift S.90 ff., Göttingen 1961

E r m a n - H e f e r m e h l , Handkommentar zum BGB, 2. Aufl., Münster 1958

E v e r s Hans-Ulrich, Der Richter und das unsittliche Gesetz, Berlin 1960

F i n g e r August, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, Berlin 19o4

F i s c h e r Hans Albrecht, Die Rechtswidrigkeit, München 1911

F o l t i n Edgar, Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechts, I. Allg. Teil, 1936

F r a n k Reinhard von, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich , 18. Aufl., Tübingen 1931; Nachtrag von Ernst Schäfer und Hans von Dohnanyi, Tübingen 1936

- , Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen S.519 ff., Gießen 19o7

F r i e s Jakob Friedrich, Philosophische Rechtslehre, Jena 18o3, Leipzig 1914

F r i e s e n h a h n Ernst, Staatsrechtslehrer und Verfassung in: Recht und Staat und Wirtschaft Band III, S.51 ff., Düsseldorf 1951

F u k u d a Taira, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, JZ 1958/ 143 ff.

G a l l a s Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67/1 ff.

G e e r d s Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954/ 262 ff.

G e m m i n g e n Hans Dieter Freiherr von, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Breslau 1932 (StrAbh 3o6)

- , Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im Willensstrafrecht, DStR 1935/ 1o5 ff.

G e r l a n d Heinrich, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, II. Band, 19o8

- , Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin-Leipzig 1932

G o l d s c h m i d t James, Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien 1913

- , Normativer Schuldbegriff, Frank-Festgabe I S.428 ff., Tübingen 193o

G r ü n h u t Max, Die Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW 51/455 ff.

H ä l s c h n e r Hugo, Das gemeine deutsche Strafrecht, Band I, Bonn 1881

H a r d w i g Werner, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956/ 369 ff.

H a r t u n g Fritz, Irrtum über negative Tatumstände, NJW 1951/ 2o9 ff.

H e g l e r August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36/19ff.
- , Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Frank-Festgabe I S.251 ff., Tübingen 193o

H e i n i t z Ernst, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Breslau 1926 (StrAbh 211)
- , Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, Schmidt-Festschrift S.266 ff., Göttingen 1961

H i p p e l Robert von, Deutsches Strafrecht, Band I Berlin 1925, Band II Berlin 193o
- , Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
- , Irrtum im Strafrecht, Leipziger Zeitschrift 1918 Sp.1o32 ff.

H i r s c h Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn 196o

H o l d v o n F e r n e c k Alexander, Die Rechtswidrigkeit, Band I Jena 19o3, Band II Jena 19o5

H o l s t e i n - L a r e n z , Staatsphilosophie, München-Berlin

J o s k i Siegfried, Die Einwilligung des Verletzten, Bernburg 1899

K a d e č k a Ferdinand, Nicht rechtswidrige, strafbare Handlungen, Zeitschrift für Österreichisches Recht 1946 Nr. 3/4 (Rittler-Festschrift 1946)
- , Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff, ZStW 59/1 ff.

K a u f m a n n Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954
- , Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955/ 37 ff.
- , Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959

K a u f m a n n Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 195o
- , Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 54/653 ff.
- , Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956/ 353 ff., 393 ff.

K e m p i s Reiner von, Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen, Bonn 1951

K o h l e r Josef, Studien aus dem Strafrecht, Mannheim 1890

K o h l h a a s Max, Schutz der Landesverteidigung: Viertes Strafrechtsänderungsgesetz, NJW 1958/ 135

K o h l r a u s c h - L a n g e , Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961

K u n e r t Karl-Heinz, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin 1958

L a n g e Richard, Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953/ 9 ff.

L a n g - H i n r i c h s e n Dietrich, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, JR 1952/3o2 ff., 356 ff.

L a u n Rudolf, Recht und Sittlichkeit, Hamburg 1925

L e i p z i g e r K o m m e n t a r (LK), begründet von Ebermayer-Lobe-Rosenberg, 8. Aufl., Band I 1957, Band II 1958, Berlin

L i s z t - S c h m i d t , Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin-Leipzig 1932

M a i h o f e r Werner, Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, Rittler-Festschrift S.141 ff., Aalen 1957

M a u r a c h Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil 2. Aufl., 1958, Bes. Teil 3. Aufl., 1959, Karlsruhe
- , Kritik der Notstandslehre, Berlin 1935
- , Schuld und Verantwortung im Strafrecht, Wolfenbüttel 1948
- , Grundriß des Strafrechts, Allg. Teil, Wolfenbüttel und Hannover 1948
- , Das Unrechtsbewußtsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik, in: Schmidt-Festschrift S.3o1 ff., Göttingen 1961

M a y e r Hellmuth, Das Strafrecht des deutschen Volkes, Stuttgart 1936
- , Strafrecht Allg. Teil, 2.Aufl., Stuttgart 1953

M a y e r Max Ernst, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1923

M e r g e n Armand, Soziale Zweckmäßigkeit in der modernen Kriminalpolitik, in: Rittler-Festschrift S.21 ff., Aalen 1957

M e z g e r Edmund, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., München-Berlin 1949
- , Strafrecht. Ein Studienbuch (StB), Allg. Teil (I) 9. Aufl. 196o; Bes. Teil (II) 7. Aufl. 196o München-Berlin

M e z g e r Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89/2o9 ff.
- , Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger, Berlin 1926
- , Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5.1.1951 (BGHSt 1/15) in: JZ 1951/ 179 ff.
- , Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in: NJW 1953/ 2 ff.

M i t t a s c h Helmut, Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik, Berlin 1939

N a g l e r Johannes, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: Binding-Festschrift II S.273 ff., Leipzig 1911
- , Der Begriff der Rechtswidrigkeit, in: Frank-Festgabe I S.339 ff., Tübingen 1930

N i e s e Werner, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951
- , Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: DRiZ 1953/ 2o ff.
- , Wahnverbrechen oder untauglicher Versuch bei falschen eidesstattlichen Versicherungen vor unzuständigen Behörden, in: NJW 1949/ 812 ff.

N o w a k o w s k i Friedrich, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in: ZStW 63/287 ff.
- , Rechtsfeindlichkeit, Schuld und Vorsatz, in: ZStW 65/379 ff.
- , Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz-Wien-Köln 1955

O e h l e r Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959

O l s h a u s e n - N i e t h a m m e r , Kommentar zum StGB für das Deutsche Reich, 12. Aufl., Berlin 1942

P r e i s e r Wolfgang, Das Recht zu strafen, in: Mezger-Festschrift S.71 ff., München-Berlin 1954

R a d b r u c h Gustav, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Frank-Festgabe I S.158 ff., Tübingen 1930
- , Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959

R i t t a u Martin, Wehrstrafgesetz, Berlin 1958

R i t t l e r Theodor, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts I, 2. Aufl., Wien 1954

R o x i n Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959

S a u e r Wilhelm, Grundlagen des Strafrechts, Berlin-Leipzig 1921
- , Allg. Strafrechtslehre, 3. Aufl., Berlin 1955
- , Die beiden Tatbestandsbegriffe, in: Mezger-Festschrift S.117 ff., München-Berlin 1954

S c h a f f s t e i n Friedrich, Das Verbrechen, eine Rechtsgutsverletzung? in: DStR 1935/ 97
- , Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems, in: ZStW 57/295 ff.
- , Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, in: MDR 1951/ 196 ff.
- , Der Irrtum bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen, in: NJW 1951/ 691 ff.

S c h ö n f e l d Walter, Die logische Struktur der Rechtsordnung, Leipzig-Berlin 1927
- , Zur Frage des Widerstandsrechts, Stuttgart 1955

S c h ö n k e - S c h r ö d e r , Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1o. Aufl., München-Berlin 1961

S c h r ö d e r Horst, Vorsatz und Schuld, in: MDR 195o/ 646 ff.
- , Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, in: ZStW 65/178 ff.

S c h w a r z - D r e h e r , Strafgesetzbuch, 23. Aufl., München-Berlin 1961

S c h w e i k e r t Heinrich, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe 1957

S c h w i n g e - Z i m m e r l , Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Bonn 1937

S i e v e r t s Rudolf, Beiträge zu der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, Hamburg 1934

S o e r g e l - S i e b e r t , Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Stuttgart 1959

S p e n d e l Günter, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, in: ZStW 65/519 ff.
- , Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, in: ZStW 69/441 ff.
- , Grundfragen jeder Strafrechtsreform, in: Rittler-Festschrift S.39 ff., Aalen 1957

S t r a t e n w e r t h Günter, Verantwortung und Gehorsam, Tübingen 1958
- , Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW 68/41 ff.

W a c h i n g e r Michael, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Frank-Festgabe I S.469 ff., Tübingen 1930

W a r d a Günter, Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, in: JR 1950/546 ff.
- , Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955

W e b e r Hellmuth von, Grundriß des deutschen Strafrechts, Bonn 1948
- , Anmerkung zu einer Entscheidung des OGHBZ v. 14.6.1949, in: MDR 1950/119 f.
- , Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, in: JZ 1951/260 ff.
- , Negative Tatbestandsmerkmale, in: Mezger-Festschrift S.183 ff., München-Berlin 1954

W e g n e r Arthur, Strafrecht, Allg. Teil, Göttingen 195

W e l z e l Hans, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 1960
- , Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl. 1952, 3. Aufl. 1957, Göttingen
- , Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht Mannheim-Berlin-Leipzig 1935
- , Vom irrenden Gewissen, Tübingen 1949
- , Anmerkung zum Beschluß des großen Senats des BGH v. 18.3.1952, in: JZ 1952/340 ff.
- , Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, in NJW 1952/564 ff.
- , Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, in: MDR 1952/584 ff.
- , Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in: ZStW 67/196 ff.

W i e d o w Alexander, Die subjektive Seite der Rechtfertigung, München 1947

W o l f Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 5. Band S.44 ff., Berlin-Leipzig 1929
- . Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Breslau 19

W o l f f Hans J., Über die Gerechtigkeit als principium iuris, in: Sauer-Festschrift S.103 ff., Berlin 1949

W ü r t e n b e r g e r Thomas, Zur strafrechtlichen Bedeutung des Züchtigungsrechts des Lehrers, in: DRZ 48/291 ff.

Z i m m e r l Leopold, Zur Lehre vom Tatbestand, Breslau 1930

Z i t e l m a n n Ernst, Lücken im Recht, Leipzig 1903

Einleitung

I. Gegenstand der Arbeit

Aufgabe und Ziel der Untersuchung ist es, das Problem des "negativen Rechtfertigungsirrtums" einer Lösung näher zu bringen. Die Frage des irrtümlichen Nichtkennens eines objektiven Rechtfertigungselements, des "Irrtums zu Ungunsten" über einen Rechtfertigungssachverhalt ist von einer Klärung noch weit entfernt[1]. Die Behandlung des Täters, der nicht weiß, daß bei seiner Tat objektiv eine Rechtfertigungslage gegeben war - der also ohne subjektives Rechtfertigungselement gehandelt hat - , ist umstritten.

Folgende Beispiele sollen als Ausgangspunkt dienen:

A hat den B getötet. Er hatte nicht bemerkt, daß B seinerseits auf ihn angelegt hatte, um ihn zu erschießen[2].

Im Krieg beschließt der Wachtposten S, seinen Vorgesetzten V zu töten, wenn dieser ihn bei dem routinemäßigen Rundgang kontrolliert. In der Dunkelheit schießt er auf eine Gestalt, die er für seinen Vorgesetzten hält. Es stellt sich heraus, daß der Getötete nicht V, sondern ein Mann eines feindlichen Spähtrupps war[3].

---

1) Maurach 242
2) Vgl. Beseler 43
3) Vgl. v. Weber JZ 51/263

II. Meinungsstand

Folgende Meinungen werden vertreten[1]:

1) Straflos lassen den im negativen Rechtfertigungsirrtum handelnden Täter Beling[2], Foltin[3], Hegler[4], von Hippel[5], und Rittler[6].

2) Vollendete Tat nehmen an Binding[7], Dohna[8], Hirsch[9], Maurach[10], H. Mayer[11], Niese[12], Welzel[13], Würtenberger[14] sowie das Reichsgericht[15] und der Bundesgerichtshof[16].

3) Wegen Versuchs wollen strafen von Bar[17], von Buri[18], Engisch[19], Frank[20], Gerland[21], Goldschmidt[22], Jagusch[23],

---

1) teils wird generell Stellung genommen, teils nur bei einzelnen Unrechtsausschließungsgründen - meist der Einwilligung
2) Lehre vom Verbrechen 141
3) Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechts I (1936) 5o
4) ZStW 36/36 A.45, Frank-Festgabe I 258 ff.
5) II 196, 21o
6) 133. Vgl. auch Allfeld AT (9) 121, 127; Sieverts 2oo; Zimmerl StrAbh 237/67
7) Normen II 611 f.
8) Aufbau der Verbrechenslehre (3) 32
9) 254
10) 244
11) 18o, 164, 167
12) Finalität 17
13) 77
14) DRZ 48/292
15) RG 54/196 (199); 6o/261 (262); 62/137 (138). Weitere Literatur bei Wiedow 15,16
16) BGH 2/114; 5/247; (5 StR 413/59). Für das Zivilrecht vgl. Soergel-Siebert, BGB Vorb. II 3 zu §227 mit Lit., Erman-Hefermehl, BGB (2) A.4 zu §227
17) Gesetz und Schuld im Strafrecht III 2o6
18) GS 29 Beilageheft S.1o7
19) Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation 1328
2o) (18) Nachtrag von Ernst Schäfer und Hans von Dohnanyi (1936) 45
21) Vergleichende Darstellung 5o6
22) Der Notstand, ein Schuldproblem 41 f.
23) LK §43 II 2 (219,221)

Joski[1], Kadečka[2], Arthur Kaufmann[3], Kohler[4], Lange[5], Nagler[6], Nowakowski[7], Olshausen[8], Roxin[9], Sauer[1o], Schaffstein[11], Schröder[12], Traeger[13] und von Weber[14]. Ausnahmsweise haben auch das Reichsgericht[15] und der Bundesgerichtshof[16] wegen Versuchs bestraft.

4) Je nach dem einzelnen Rechtfertigungsgrund nehmen Baumann[17] Liszt-Schmidt[18], Mezger[19] und Oehler[2o] einmal Versuch, einmal Vollendung an.

III. Methode der Untersuchung

Aus der Vielfalt der Meinungen und Standpunkte müssen die entscheidenden, die tragenden Gesichtspunkte herausgearbeitet werden.
Die Stellungnahme zum negativen Rechtfertigungsirrtum (nRi) wird weitgehend[21] von zwei Grundentscheidungen bestimmt und im voraus festgelegt.

---

1) Einwilligung 26
2) Rittler-Festschrift (1946) 35
3) JZ 54/653 A.4
4) Studien aus dem Strafrecht 36 f.
5) Kohlrausch-Lange 149
6) LK (6) 373
7) ZStW 63/319
8) (11) §59 A.24b, §53 A.13 (nicht ganz klar)
9) 161
1o) Allgemeine Strafrechtslehre (3) 137
11) MDR 51/199
12) Schönke-Schröder §43 III 7
13) GS 94/137
14) JZ 51/263
15) RG 53/336 (338); LZ 18/472; GA 61/126 (127);
16) BGH 4/199 (2oo)
17) 231 ff.
18) (26) 198, 2o7 A.6 (vgl. auch 272)
19) StB 122, 114; LK 336
2o) 175,176,165 ff.
21) wie dies auch bei anderen Problemen der Fall ist, vgl. Mittasch 7, Nowakowski JZ 58/391

a) Die eine betrifft das Ziel des StGB. Es stehen sich die objektive und die subjektive Verbrechensauffassung gegenüber.

Die objektive Auffassung sieht als Kern des Verbrechens den unwertigen Erfolg, dessen Herbeiführung bestraft wird. Mittelpunkt ist die verbrecherische Tat, die Rechtsgutsverletzung oder -beeinträchtigung.

Die subjektive Theorie dagegen stellt in den Mittelpunkt den Täter; seine manifestierte böse Gesinnung ist Anlaß und Grund der Strafe. Daneben rückt die Rechtsgutsverletzung an die zweite Stelle.

b) Innerhalb der herrschenden subjektiven Verbrechensauffassung bildet den für die Untersuchung entscheidenden Punkt die Grenzziehung zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Taten. Ob der "positive" Irrtum des Täters über einen Rechtfertigungssachverhalt (der Täter nimmt zu Unrecht an, die Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes lägen vor) als Tatbestandsirrtum gem. § 59 oder als Verbotsirrtum angesehen wird, hat für die "negative" Fehlvorstellung über einen Rechtfertigungssachverhalt zwingende (allerdings gelegentlich übersehene) Konsequenzen. Nach Klärung des Umfanges des "Irrtumstatbestandes" werden die sich daraus ergebenden Folgerungen für den nRi vom Boden der subjektiven Verbrechensauffassung aus gezogen.

Da die einzelnen Lösungsvorschläge nur unter Beachtung dieser grundsätzlichen Standpunkte verständlich sind, kann sich die Untersuchung nicht auf das Gebiet des nRi beschränken, sie muß notgedrungen weiter ausholen und bis an den Ursprung des Strafrechts reichende Fragen mit einbeziehen.

Aus der Natur der vorliegenden Arbeit ergibt sich, daß die einschlägigen Komplexe nur angedeutet werden können. Lediglich das, was für den nRi unmittelbar von Bedeutung ist, wird eingehender behandelt. Auch die Definitionen der verwendeten Begriffe wie etwa der des Verbrechens, der Schuld etc. erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Berück-

sichtigt wurden nur solche Begriffselemente, die für das Thema der Arbeit wichtig erschienen.

Die Untersuchung beleuchtet das Problem nur unter strafrechtlicher Sicht, das heißt unter der Sicht des Einsatzes der Repressionsmittel gegenüber dem überführten Täter[1]. Kriminologie und Kriminalistik bleiben außer Betracht.

---

1) Maurach 27

A. Die objektive Verbrechensauffassung

I. Wesen des Verbrechens

Das Recht ist Friedens- und Güterordnung, Güterschutz. Es hat die Aufgabe, das Zusammenleben der vom Staat umschlossenen Gesamtheit zu erleichtern, ja es überhaupt erst zu ermöglichen. Als objektive Lebensordnung stellt es deshalb gewisse Regeln auf, an die sich die Rechtsunterworfenen zu halten haben. Es grenzt bindend die menschlichen Machtgebiete ab, es begrenzt damit die menschliche Handlungsfreiheit[1].

Die Regeln, die es aufstellt, wenden sich an das ä u ß e r e Verhalten der Menschen. Das Recht verlangt lediglich, daß die schutzwürdigen Interessen der Mitmenschen, des Staates und der Gesellschaft respektiert werden, daß der einzelne nicht gegen diese Regeln verstößt. Aus welchen Beweggründen, aus welcher Einstellung er dies tut, interessiert den Staat als den Wächter des Rechts nicht. Ä u ß e r e Ordnung ist die Grundaufgabe allen Rechts, nicht Gesinnungsordnung.

Um unerträgliche Verstöße gegen die Rechtsordnung zu verhin-

---

1) Das Recht wird einmal normativistisch als reine Sollensordnung (Wiener Schule-Hans Kelsen) erklärt. Andere fassen es positivistisch als ein System souveräner Rechtsentscheidungen über die Grundfragen der Gemeinschaftsordnung auf, ohne daß diese Entscheidungen an höheren Normen gemessen werden könnten. Wieder andere sehen es im Sinne des konkreten Ordnungsdenkens (es erwächst aus den Lebensordnungen der Rechtsgemeinschaft - Ehe, Familie, Betrieb, Staat, Volk, etc. -, in denen es vorgeformt ist; es wird durch Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz ausgestaltet). Die Richtigkeit dieser einseitigen Erklärungsversuche braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht zu werden. Die drei Grundanschauungen zusammenfassend und vereinigend, kann das Recht definiert werden als das aus den sozialen Lebensordnungen entwickelte, durch gesetzgeberische Entscheidungen geformte, dem bloßen Sein mit verbindlichem Geltungsanspruch gegenübertretende Normensystem.

dern und um dem im Volk vorhandenen Vergeltungsbedürfnis[1] Rechnung zu tragen[2][3] unter gleichzeitiger Einleitung der Vergeltungsmaßnahmen in geordnete, übersehbare und regulierbare Bahnen, hat der Gesetzgeber das StG mit seinen Straftatbeständen geschaffen. Nach langer Entwicklung[4], in der sich schließlich das Bedürfnis des Bürgers danach durchgesetzt hat, klar und sicher zu wissen, was der Staat als unerträgliche Friedensstörung ansieht, hat der Gesetzgeber im StGB[5] wie in einem Katalog abschließend diejenigen Verbrechen[6] aufgezählt, deren Bekämpfung er für nötig hält.
Zur Niederzwingung des Rechtsfeindes, seine Verweisung in die ihm durch die Achtung vor der Rechtsgüterordnung gezogenen Schranken[7] hat er als ultima ratio dem Täter in den Fällen Strafe[8] angedroht, in denen er dies zur Wahrung des öffentlichen Friedens als unerläßlich ansieht.
Er hat damit die Verletzung oder Gefährdung der Rechtsgüter unter Strafe gestellt, die nach der allgemeinen Überzeugung der Gemeinschaft[9] oder wenigstens nach der Auffassung ihrer maßgebenden Schichten besonders wertvoll und daher besonders schutzwürdig sind.

---

1) Vgl. Armand Mergen: Soziale Zweckmäßigkeit in der modernen Kriminalpolitik, Rittler-Festschrift S.21 ff.
2) Zum Verhältnis der beiden Hauptaufgaben des Strafrechts, der Prävention und der Repression, vgl. Maurach, Schmidt-Festschrift S.3o1 ff.
3) Generalprävention und Vergeltungsgedanke stehen im Vordergrund. Die subjektive Verbrechensauffassung dagegen stellt mit ihrer "Vordatierung der Verteidigungslinie" mehr auf die Spezialprävention und den Sühnegedanken ab - vgl. Mittasch S.132 ff.
4) Vgl. Maurach 33 ff.
5) einschl. der Nebengesetze. Wenn im Folgenden von den Straftatbeständen des (besonderen Teils des) StGB gesprochen wird, sind damit immer auch die Straftatbestände der strafrechtlichen Nebengesetze eingeschlossen, soweit sie echte Straftatbestände sind, sie also zur Umschreibung eines strafrechtlich relevanten Verhaltens dienen.
6) Der Begriff "Verbrechen" wird in der Arbeit nicht entsprechend dem Sprachgebrauch des §1 StGB, sondern im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs verwendet.
7) Maurach 15
8) zur Strafe vgl. Spendel, Rittler-Festschrift S.39 ff.
9) Vgl. Mittasch 24

Kern und Ausgangspunkt der staatlichen Reaktion ist nach Ansicht der Objektivisten die Tat. An sie wird angeknüpft, sie wird zunächst untersucht, durchleuchtet. Erst wenn dies geschehen ist, kommt der Täter und seine Verantwortlichkeit für die konkrete Tat ins Blickfeld.

) Rechtsgut[1)]

Rechtsgüter sind die Interessen, die von der Kulturüberzeugung der Allgemeinheit oder der führenden Schichten als Sozialwert angesehen werden und zu deren Schutz eine Strafdrohung geschaffen wurde. Diese Gesellschafts-, Staats- oder Einzelinteressen sind nicht etwas Körperliches, sondern etwas Gedachtes, Abstraktes. Sie stehen hinter den Straftatbeständen und sind zu deren Auslegung nötig: beim Mord z.B. Leib und Leben, bei Diebstahl das Eigentum, bei Hochverrat die staatliche Existenz. Sie unterscheiden sich vom konkreten Angriffsobjekt, gegen das sich die Straftat richtet, können allerdings in Einzelfällen damit zusammenfallen. Sie sind die rechtlich anerkannten Interessen an bestimmten Gütern als solchen in ihrer generellen Erscheinungsart, die allerdings nicht völlig abstrahiert werden dürfen, um nicht für ihre Aufgabe als Auslegungshilfen unbrauchbar zu werden. Sie sind der materielle Kern der auf ihnen aufbauenden "Tatbilder"[2)] oder Tatbestände im Sinne Belings.

Als zweite Komponente enthält der Begriff des Rechtsguts neben dem Schutzobjekt die Art, in der es oder vor der es geschützt werden soll. Auch die Handlung, vor der es geschützt werden soll, ist objektiv zu sehen. Sie wird nur wirksam nach außen, nur nach und von außen greift sie in geschützte Lebenslagen ein[3)].

---

1) Vgl. Engisch, MonKrimBiol 1938 S.137 ff.; Maurach 168 ff.; Rittler 89; Mezger StB I §36
2) Rittler 63
3) Nowakowski ZStW 63/312

Bezüglich Aufgabe und Wesen der Norm, die sich zwischen das Rechtsgut und den Straftatbestand einschiebt, sei auf die Darstellungen von Engisch[1] und Maurach[2] verwiesen. In diesem Zusammenhang auf die Problematik der von Binding und M.E. Mayer begründeten Normentheorie näher eingehen zu wollen, würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Festgehalten sei nur, daß nach Anerkennung eines Interesses als Rechtsgut die Rechtsüberzeugung zur Bildung eines Systems von Befehlen an die Allgemeinheit führt, welche die Erhaltung dieses Gutes und seinen Schutz vor Verletzungen und Gefährdungen bezwecken. Worauf die Normen beruhen und wie sie erkannt werden können, muß hier außer Betracht bleiben. Die Aufgabe, die sie insbesondere in der Lehre von der Rechtswidrigkeit zu erfüllen haben, wird bei der Stellungnahme der strengen Schuldtheorie zum negativen Rechtfertigungsirrtum (B IV 2) erörtert.

2) Verletzung oder Gefährdung

Nach der objektiven Verbrechensauffassung erfaßt das Strafrecht nur solche Verhaltensweisen, welche die Güterordnung real stören. Das Verbrechen ist ein wirklicher Einbruch in die Güterwelt, eine Verletzung oder doch eine Gefährdung der vom Recht geschützten Interessen. Es hat nicht nur eine Seele, sondern auch einen Körper[3]. Ein bloßes Wollen interessiert das Strafrecht nicht. Gedanken, Gesinnungen, die innere Grundhaltung werden strafrechtlich erst relevant, wenn sie sich in einem Angriff auf ein Rechtsgut äußern.
Bei der Verletzung erleidet das Rechtsgut eine unmittelbare Werteinbuße. Bei der Gefährdung beinhaltet der Angriff die naheliegende Gefahr einer Interessenverletzung, d.h. vom Täter wird ein regelwidriger, ungewöhnlicher Zu-

---

1) Unrechtstatbestand 414 ff.
2) 174 ff.
3) Rittler 1o8/1o9

stand geschaffen, bei dem nach den obwaltenden konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens bei objektiv-nachträglicher Prognose als wahrscheinlich gelten kann[1].

II. Vertreter der objektiven Verbrechensauffassung

Zur objektiven Verbrechensauffassung bekennt sich ausdrücklich Rittler[2].

Sie wird auch von den Autoren vertreten, die sich zur objektiven Versuchstheorie bekennen und die den beim Versuch bezogenen Standpunkt konsequent beibehalten.

Um die Auffassung dieser Schriftsteller zum nRi zu verstehen, ist es nützlich, vorher kurz auf die Frage des V e r b r e c h e n s a u f b a u s einzugehen.
Dabei werden die älteren, heute überholten Lehrgebäude zunächst außer Betracht gelassen. Die Grundlage bildet das auf B e l i n g [3] zurückgehende System mit seiner scharfen Scheidung von objektiver und subjektiver Tatseite. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit werden objektiv bestimmt, während die Schuld alle subjektiven Elemente enthält. Erst Beling hat die Materie "Verbrechen" klarer durchdrungen und den Weg freigemacht, neben vielem anderen auch das Problem dieser Arbeit deutlicher zu erfassen und einer Lösung näher zu bringen.

a) Grundlage jeden Verbrechens ist ein willkürliches menschliches V e r h a l t e n , d. h. ein Verhalten, zu dem sich der Mensch durch einen bewußten, psycho-physischen Akt bestimmt hat, ein Willensakt[4]. Ein innerer Impuls

---

1) RG 3o/179
2) 78
3) Lehre vom Verbrechen (19o6)
4) Rittler 59, 61; anders Engisch, Probleme der Strafrechtserneuerung (1944) S.164: Willkürlichkeit bedeutet nur, daß der Täter psycho-physisch in der Lage war, sich anders zu verhalten.

wird in Tat umgesetzt. Dieses Verhalten kann Handeln oder Unterlassen[1] sein. Auf den Inhalt des Willens kommt es nicht an (im Gegensatz zum finalen Handlungsbegriff[2]). Die Handlung ist der wertindifferente Träger der später vorzunehmenden Wertungen der Rechtswidrigkeit und der Schuld.

b) Strafrechtserheblich ist ein menschliches Verhalten, wenn es einer Verbrechensbeschreibung des Besonderen Teils des StGB, einem " T a t b i l d "[3] unterfällt. Unter Tatbild oder Tatbestand bzw. Leitbild im Sinne Belings sind die auf der äußeren, objektiven Seite der gesetzlichen Verbrechensbeschreibung liegenden Bestandteile - und nur sie - zu verstehen. Ausgesondert werden dabei die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, deren Berechtigung und Umfang vielfach bestritten ist, die hier aber nicht näher interessieren. Nicht zum Tatbild gehören subjektive Elemente, das innere Verhältnis des Täters zur Tat, sein seelischer Anteil daran. (Zu diesem Problemkreis siehe unten IV).

Die Bezeichnung Tatbild für diese Stufe des Verbrechensaufbaus wurde gewählt, weil sie anschaulich darauf hinweist, daß damit nur die äußeren Umstände der Verbrechensbeschreibung gemeint sind und weil Verwechslungen vermieden werden, die sich aus der Verwendung des Wortes "Tatbestand" immer wieder einstellen. Nach einer Untersuchung von Engisch[4] wird dieser Begriff in fünf verschiedenen Bedeutungen mit jeweils verschiedenem Umfang gebraucht. Er gibt deshalb zu vielen vermeidbaren Mißverständnissen Anlaß.

c) Das tatbildmäßige menschliche Verhalten muß ferner

---

1) Zum Begriff vgl. Engisch a.a.O. 162
2) Welzel, Um die finale Handlungslehre (1949); Das Neue Bild des Strafrechtssystems; (7) 26 ff., 59 ff.; Maurach 126 ff.
3) Rittler 63
4) Mezger-Festschrift (1954) 13o ff.

r e c h t s w i d r i g , es muß Unrecht sein[1]. Es muß Interessen beeinträchtigen, einem rechtlichen Gebot oder Verbot - einer Norm - zuwiderlaufen. Es muß die von der Gesamtheit gesetzte Rechtsordnung verletzen[2]. "Rechtswidrig" bedeutet das unpersönlich-objektive Urteil über den Widerspruch der Tat mit der Rechtsordnung[3].

Nach heute herrschender Lehre[4] wird die Rechtswidrigkeit durch die Tatbildmäßigkeit indiziert[5]. Mit der Vertypung eines Verhaltens in einem Tatbild hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er es als rechtswidrig ansieht. Eine Ausnahme machen die unechten Unterlassungsdelikte, bei denen noch das Vorliegen einer Rechtspflicht geprüft werden muß, sowie die "offenen Tatbestände"[6].
Auch der prominenteste Vertreter der objektiven Verbrechensauffassung, Ernst von Beling, führt in seiner "Lehre vom Tatbestand" aus:[7] " Die Beziehungen zwischen Tatbestandsbezogenheit und Rechtswidrigkeit sind sogar so eng, daß zur Strafbarkeit nur diejenige Rechtswidrigkeit des Verhaltens genügt, die letzterem gerade unter dem Gesichtspunkt des in Rede stehenden Tatbestands anhaftet. " Trotzdem vertritt er den Standpunkt[8]: alle gesetzlichen Tatbestände sind somit rein beschreibenden Charakters; in ihnen drückt sich die rechtliche Wertung als rechtswidrig noch nicht aus.

Die Tatbilder sind Unrechtstypen, zur Feststellung der Rechtswidrigkeit genügt die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit und das Fehlen von Rechtfertigungsgründen.

Die Rechtfertigungsgründe[9] sind Ausnahmerechtssätze, die

---

1) Vgl. Nagler, Binding-Festschrift II 276 ff., 366 ff.
2) Maurach 109
3) Mezger StB (9) 85
4) statt aller Rittler 125 mit Lit.
5) Beling, Verbrechen 163/164
6) soweit man diese Rechtsfigur anerkennt, vgl. S.31
7) S. 8
8) a.a.O. S.9
9) Über die Behandlung der Rechtfertigungsgründe im Ausland vgl. Friedrich Geerds, Unrechts- und Schuldausschließungsgründe, Materialien zur Strafrechtsreform 2.Band I 367 ff.

das allgemein verpönte Tun unter bestimmten Voraussetzungen gestatten oder sogar gebieten. Da es unmöglich ist, das strafbare Unrecht so zu umschreiben, daß die einzelnen Beschreibungen alle rechtswidrigen und nur die rechtswidrigen Fälle der Tatbildverwirklichungen umfassen[1], bedient sich die Strafrechtssystematik der besonderen Verbrechensstufe Rechtswidrigkeit, um die rechtswidrigen von den nicht rechtswidrigen Fällen zu scheiden. In der Praxis dient diese Stufe normalerweise nicht der positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit, sondern negativ der Prüfung, ob die Rechtswidrigkeit nicht wegen Vorliegens von Rechtfertigungsgründen ausgeschlossen ist. Die Rechtfertigungsgründe können im Strafrecht oder im sonstigen Recht ausdrücklich geregelt, sie können aber auch nur gewohnheitsrechtlich anerkannt sein.

Der Streit zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit berührt das Thema der Arbeit nur am Rande. Auf ihn braucht deshalb nur kurz eingegangen zu werden.

Er hat zwei Aspekte:

1. Einmal wird heute als formell rechtswidrig eine Tat bezeichnet, die ein Tatbild erfüllt - dank dem durch das Tatbild begründeten Indiz.
   Materiell rechtswidrig ist eine tatbildmäßige Handlung, die nicht durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist[2].
2. Unter dieser Gegenüberstellung wird aber auch das Problem behandelt, ob eine Handlung, die gegen das formelle Recht verstößt, aus irgendwelchen, meist außerrechtlichen Gründen trotzdem gerechtfertigt sein kann. Ob eine gegen das objektive Recht verstoßende Handlung deswegen gerechtfertigt sein kann, weil sie nicht sozialschädlich ist. Da der Sinn der Normenordnung im Schutz von Interessen besteht, wurde und wird die Ansicht vertreten, daß eine Handlung dann nicht rechtswidrig sei, wenn sie keine solchen Interessen verletzt oder wenn ein höherrangiges Interesse die Verletzung eines niederrangigen fordert[3]. Dieses äußerst komplizierte und tiefgreifende Problem kann hier nicht näher erörtert werden. Wichtig in diesem Zusammenhang ist nur, daß überwiegend dem formellen Recht der Vorzug gegeben wird. Durch die Anerkennung von gesetzlich nicht geregelten Rechtfertigungsgründen hat

---

1) Kadečka ZStW 59/15
2) Maurach 234; Gallas ZStW 67/2o ff.; Kohlrausch-Lange III vor §1
3) Heinitz StrAbh 211, neuestens Schmidt-Festschrift 266 ff.; Hegler, Frank-Festgabe I 271[2]; Sauer 273 ff.; Dohna, Rechtswidrigkeit (19o5); RG 61/254

die Frage aber viel von ihrer Schärfe und Aktualität verloren[1]). Die materielle Rechtswidrigkeit spielt hauptsächlich für die Auslegung eine Rolle[2]).

Zu dem Streit "mit umgekehrten Vorzeichen", ob eine formell rechtmäßige Handlung trotzdem rechtswidrig sein kann, da sie gegen den Kernbereich des Rechts verstößt[3]), vgl. Lange[4]).

Die "Objektivisten" fassen das Unrecht ebenso wie die Tatbildmäßigkeit rein objektiv auf. Diese Verbrechensstufe hat es nur mit der äußeren Form der Tat zu tun, dem sachlichen Unwert des faktischen Geschehens. Die Einstellung des Handelnden ist auf die Rechtswidrigkeit ohne Einfluß; die Normen sind objektive Bewertungsnormen. Die Wertungsstufe der Rechtswidrigkeit läßt den Täter, die subjektive Tatseite noch ganz außer Betracht. Da die Rechtfertigungsgründe das Unrecht beheben und dieses selbst rein objektiver Natur ist, sind auch die Rechtfertigungsgründe objektiver Natur. Auch bei ihnen kommt es auf die Einstellung des Täters, auf seine Kenntnis der sein Verhalten objektiv rechtfertigenden Lage nicht an[5]).

d) Die Beziehung des Täters zum tatbestandmäßigen, rechtswidrigen Verhalten, die subjektive Tatseite, wird in dem Verbrechensmerkmal der S c h u l d zusammengefaßt. Die Schuld stellt den geistigen, den seelischen Anteil des Täters an der Tat dar[6]). Sie ist ein psychologischer Sachverhalt, der von der maßgebenden strafrechtlichen Wertung als pflichtwidrig - vorwerfbar bestimmt wird[7]). Der schuldhaft Handelnde reagiert mangels Verbundenheit mit der Wertordnung des Rechts gegenüber bestimmten

---

1) Rittler 116 ff.; Beling, Verbrechen 137 ff.; Maurach 234 f. Nagler, Frank-Festgabe I 347; Gemmingen StrAbh 306;
2) Beling ZStW 44/221 f.; M.E. Mayer Lehrbuch 37, 51, 179; Dohna, Recht und Irrtum (1925) 5, 6
3) BGH 2/237
4) Kohlrausch-Lange (43) Syst. Vorb. III 2c; auch Maurach 239 f.; Hans-Ulrich Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz
5) Rittler 133; Beling, Verbrechen 141; Hegler ZStW 36/36[45])
6) Rittler 152
7) Mezger StB §51; Schönke-Schröder V vor §51

Vorstellungen nicht so, wie er es sollte und verfehlt deshalb den im Interesse eines Rechtsguts richtigen Entschluß[1].

Etwas anders bestimmt von H i p p e l [2] entsprechend der bis vor Beling herrschenden Auffassung das Verbrechen als rechtswidrige, schuldhafte, vom Staat mit Strafe bedrohte menschliche Handlung. Rechtswidrig bedeutet rechtlich verbotener Eingriff in fremdes Machtgebiet[2]. Die Schuld umfaßt die seelischen (psychischen) Eigenschaften des Täters, die uns berechtigen, diesem aus der Tat einen Vorwurf zu machen und die deshalb das Recht zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit fordert[3], 'Mit Strafe bedroht' ist lediglich ein anderer Ausdruck für den Satz "nullum crimen sine lege"[2]. Von Hippel lehnt die Tatbestandsmäßigkeit (besser Tatbildmäßigkeit) im Sinne Belings als eigenes Verbrechensmerkmal ab, da es überflüssig sei und die ihm von Beling zugewiesenen Aufgaben nicht erfüllen könne[4].

Für den nRi spielen diese Differenzen keine Rolle. Entscheidend ist der gemeinsame grundsätzliche Ausgangspunkt, daß ein Verbrechen erst dann in Frage kommt, wenn real ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet wird. Das über die Tat gefällte Urteil der Rechtswidrigkeit wird rein objektiv bestimmt, folglich wirken auch die die Rechtswidrigkeit ausschließenden Recht-fertigungsgründe objektiv; ein subjektives Element ist für ihr Eingreifen nicht erforderlich[5].

In der bisherigen Darstellung wurde vom vollendeten Delikt ausgegangen.

2) V e r s u c h eines Verbrechens gem. § 43 StGB ist gegeben,

---

1) Nowakowski, Grundzüge 65
2) II 89
3) II 27o
4) II 89 ff.; s. auch Lehrbuch d. Strafrechts 83 ff.
5) II 196,21o

wenn das Tatbild nicht vollkommen verwirklicht ist. Die übrigen Elemente - Handlung, Rechtswidrigkeit, Schuld, evtl. Strafdrohungsbedingungen - müssen aber genauso wie beim vollendeten Verbrechen vorliegen. Der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung liegt allein auf der objektiven Tatseite und zwar im Tatbild. Das Wesen des Versuchs besteht darin, daß die entfaltete Tätigkeit das strafrechtlich geschützte Gut angreift und in Gefahr bringt[1]. Im Versuch wird die Grenze der Strafbarkeit vorverlegt. Eine reale Rechtsgutsverletzung ist nicht erforderlich, seine Gefährdung genügt[2].

Für die Vertreter der objektiven Versuchstheorie ist die Gefährlichkeit der Angriffshandlung für das einzelne Rechtsgut das entscheidende Kriterium und der Strafgrund.

a) Nach der älteren Theorie, vertreten insbesondere von Feuerbach[3], ist strafbar nur der relativ untaugliche Versuch, also ein Verhalten, das "an sich" geeignet gewesen wäre, den erstrebten strafbaren Erfolg herbeizuführen. Straflos dagegen ist der absolut untaugliche Versuch, d.h. ein Verhalten, das unter keinen Umständen geeignet gewesen wäre, das Verbrechen zu vollenden. Worauf die Unmöglichkeit beruht, auf einem untauglichen Objekt, untauglichen Mittel oder untauglichen Subjekt, ist in beiden Fällen gleichgültig.

   Diese Lehre ist gescheitert an der Unmöglichkeit, absolut und nur relativ untaugliches Verhalten sicher zu unterscheiden.
   Aus ihr hat sich entwickelt die heute noch - und speziell auch für die Arbeit - wichtige

b) jüngere objektive Versuchstheorie. Sie stellt nicht mehr auf die Unterscheidung absolute-relative Untauglichkeit ab. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob das Verhalten des

---

1) v. Stackelberg, Niederschriften II 183
2) Rittler 254 f.
3) Lehrbuch §42, weitere Literatur bei Hippel II 417 A.3, 4

> Täters bei objektiv-nachträglicher Prognose für das angegriffene Rechtsgut gefährlich war, oder ob es nur eine verschwindend kleine Erfolgsaussicht gehabt hat. Entscheidend ist die Wertung des Richters, der sich in einen unbefangenen Beobachter vor der Tat hineinzuversetzen hat. Der Ausgang des Geschehens sowie die Auffassung des Täters spielen nur eine zweitrangige Rolle [1].

Beide Theorien nehmen als Ausgangspunkt die Gefährlichkeit des Verhaltens für das einzelne Rechtsgut im Gegensatz zu der später zu behandelnden subjektiven Versuchstheorie, die auf die Rechtsfeindschaft des Täters, seine Auflehnung gegen die rechtlichen Gesinnungswerte, mit anderen Worten auf die Gefährlichkeit des Täters abstellt.
An der Stellungnahme für die objektive Versuchstheorie zeigt sich, daß deren Vertreter das Rechtsgut und nicht den Täter in das Zentrum ihrer strafrechtlichen Überlegungen gestellt haben. Ausgangspunkt der Strafreaktion des Staates ist die reale Beeinträchtigung eines Rechtsguts, seine Verletzung oder zumindest Gefährdung.

Für die Vertreter der objektiven Versuchs- und damit Verbrechensauffassung genügt nicht schon ein in bestimmter Weise dokumentierter böser Wille des Täters. Strafrechtlich relevant wird dieser böse Wille erst, wenn er sich in einer Weise gegen ein Rechtsgut richtet, daß dieses in seiner konkreten Ausprägung tatsächlich beeinträchtigt wird [2].

III. Der negative Rechtfertigungsirrtum

Die Straflosigkeit des im nRi handelnden Täters ergibt sich für die objektive Verbrechensauffassung zwangsläufig.

---

1) von Liszt, Lehrbuch (22) 2oo; von Hippel II 418, 422, 427 ff.; Nagler LK (6) 276; Mezger, Lehrbuch 396
2) Zur Lehre vom Mangel am Tatbestand vgl. unten B IV 1a S.57

1) Auf Grund ihres Systems, des Verbrechensaufbaus

Da das Unrecht objektiver Natur ist[1], sind es auch die Rechtfertigungsgründe, die das Unrecht beheben[2]. Ohne Rücksicht auf seine Absichten und Meinungen ist der Täter gerechtfertigt, wenn er eine tatbildmäßige Handlung in einer Lage begeht, die einem anerkannten Rechtfertigungsgrund unterfällt. Ob der Handelnde von der sein Verhalten objektiv rechtfertigenden Lage Kenntnis hat oder nicht, macht nichts aus[3].
Rechtswidrig handelt er erst dann, wenn er die Grenzen des Rechtfertigungsgrundes überschreitet[4].

Zwar hat der Gesetzgeber die Macht, das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes von einer subjektiven Voraussetzung abhängig zu machen, wie dies z.B. von Hippel bei der Geschäftsführung ohne Auftrag[5] und Beling bei den Rechtfertigungsgründen der §§ 226 BGB und 127 StPO[6] ausnahmsweise annehmen. Zu vermuten ist eine solche Stellungnahme aber nicht. Normalerweise hat sich der Gesetzgeber mit dem objektiven Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes zufrieden gegeben.

Dieses Ergebnis ist logisch zwingend. Denn sonst würde allein der böse Wille Recht in Unrecht verwandeln, würde ein durch die objektive Sachlage bereits gerechtfertigtes Verhalten ausschließlich wegen der üblen Gesinnung des Handelnden mit Strafe belegt[7]. Ein einmal gerechtfertigtes Verhalten scheidet aus jeder weiteren strafrechtlichen Untersuchung aus. Die Frage nach seiner Strafbarkeit taucht genauso wenig auf wie bei einem Verhalten, das von vorneherein nicht tatbildmäßig ist. Tatbildmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sind unerläßlich, um eine Handlung bestrafen zu kön-

---

1) d.h., es wird von der Täterpsyche nicht beeinflußt
2) vgl. oben S.14, 15
3) Beling, Verbrechen 141; Rittler 133; Foltin 5o; v. Hippel II 196, 21o
4) v. Hippel II 198
5) II 196 A.3
6) Lehre vom Verbrechen 142
7) Rittler 133

nen[1].

Auch eine Bestrafung wegen Versuchs ist nach der objektiven Theorie nicht möglich. Zwar kann der Angriff für das betroffene Gut gefährlich sein, er kann es auch verletzen. Die Beeinträchtigung müßte jedoch rechtswidrig sein. Dies ist gerade dann nicht möglich, wenn die Beeinträchtigungshandlung durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist, wenn sie somit rechtmäßig ist. Die dokumentierte Rechtsfeindschaft des Täters allein kann die gerechtfertigte Angriffshandlung nicht rechtswidrig machen[2].

2) Neben diesem sich aus der Systematik ergebenden Grund resultiert die Straflosigkeit vor allem aus folgender Erwägung[3]:
Über die Rechtswidrigkeit entscheidet grundsätzlich der strafrechtlich erhebliche Erfolg, der Eingriff in rechtlich geschütztes, fremdes Machtgebiet[4]. Rechtswidrig ist eine Handlung nur dann, wenn sie gegen die Norm verstößt, die das Rechtsgut schützend umgibt.
Liegt eine Rechtfertigungssituation objektiv vor, gibt die Norm das Rechtsgut aus ihrem Schutzkreis frei - das Gut befindet sich nunmehr außerhalb des Strafrechtsschutzes[5]. Es kann nicht mehr rechtswidrig (da nicht normwidrig) beeinträchtigt werden.

Das Gesetz bestimmt, daß bei Vorliegen eines Rechtfertigungssachverhalts zugunsten des durch den Rechtfertigungsgrund geschützten Interesses zu entscheiden ist. Ein in objektiver Rechtfertigungssituation herbeigeführter Erfolg wird vom Gesetz nicht verurteilt, sondern anerkannt, bisweilen

---

1) a.A. Nowakowski, Kadečka, Goldschmidt, Beseler - dazu vgl. unten S.26
2) anders in gewissem Maß die mit dem Handlungsunwert operierende subjektive Verbrechensauffassung
3) vgl. dazu im einzelnen unten S.61 ff. bei der strg.Schuld
4) v. Hippel II 194
5) Das Wesen jedes Rechtfertigungsgrundes liegt gerade darin, daß ein normalerweise geschütztes Rechtsgut bei seinem Vorliegen verletzt werden d a r f bzw. s o l l

sogar gefordert[1].

Da die Handlung keinen vom Gesetz mißbilligten Erfolg bewirkt, entfällt jede strafrechtliche Sanktion, mag dieser Erfolg auch noch so dolos verwirklicht worden sein. Der Täter hat "Glück gehabt". Da er sich objektiv in Einklang mit der Rechtsordnung bewegt hat, bleibt seine Tat straflos[2].

IV. Die objektive Verbrechenstheorie in der heutigen Strafrechtsdogmatik

Den Vertretern der objektiven Verbrechensauffassung wird vor allem entgegen gehalten, ihre Ansicht stehe im Widerspruch zum geltenden Recht, denn sie könne die subjektiven Unrechtselemente nicht erklären. Es gebe Handlungen, die ihrer objektiven Beschaffenheit nach mehrdeutig seien und die erst durch die innere Einstellung des Täters ihren normverletzenden Charakter erhielten. Diese Beweggründe, diese subjektiven Elemente könnten nicht zur Schuld, sondern müßten zur Rechtswidrigkeit gerechnet werden.

"Äußerlich gleiches Tun kann das eine Mal Recht, das andere Mal Unrecht sein, je nach dem Sinn, den der Täter mit seinem Tun verknüpft, je nach der seelischen Lage oder Einstellung, in der er die Handlung vollzieht"[3].

---

1) wie etwa bei den Handlungspflichten der Sicherheitsorgane
2) Die Situation ist vergleichbar etwa grob leichtfertigem Verhalten, das zu keinem schädlichen Erfolg geführt hat (von den abstrakten Gefährdungsdelikten wird dabei abgesehen).
3) Mezger, Strafrecht (3). 1947 S.17o; vgl. auch das Mephistobeispiel M.E. Mayers sowie dessen Beispiel über die Züchtigung (Lehrbuch 185/186). Auch Sittlichkeitsdelikte sollen hierher gehören - Mezger a.a.O. 172; Zimmerl StrAbh 237/29 ff. (48); Hegler Frank-Fest abe I 251 ff.

Nach Ansicht der Objektivisten liegt hier jedoch eine Verwechslung des objektiv immanenten Zwecks der Handlung mit dem subjektiven Zweck des Täters vor. Der erstere ist für das Unrecht entscheidend, da er ihre "allgemeine Tendenz"[1], ihre "potentielle Kausalität"[2] aufzeigt. Er läßt vielfach erst erkennen, ob die Handlung tatbildmäßig ist oder nicht.

Der subjektive Zweck des Täters dagegen hat mit dem Unrecht nichts zu tun. Er ist lediglich für die Schuld von Bedeutung.

Die Behauptung verschiedener Schriftsteller[3], bei den Absichtsdelikten sei die Absicht und beim Verbrechensversuch der Vorsatz als subjektives Unrechtselement anzusehen, wird von den Gegnern dieser Lehre, die nicht nur in den Reihen der Vertreter der objektiven Verbrechensauffassung zu finden sind, als unhaltbar zurückgewiesen[4].

In jedem Falle bestreiten die Objektivisten, daß diese Konstruktion nötig sei. Sie beeinträchtige nur die methodische Klarheit und sei deshalb abzulehnen[5].

Zum letztlich entscheidenden Einwand, die objektive Theorie könne "unstreitig strafwürdige"[6] Handlungen nicht erfassen, wird unten (E)[7] Stellung genommen.

---

1) Sauer, Grundlagen 346
2) Beling, Verbrechen 143
3) Hegler, Frank-Festgabe I 276, 295; Sieverts 158, 162; Mezger StB §32 III 1
4) Zimmerl a.a.O. 31 ff., 35, 37; Nowakowski ZStW 63/319 f.; Wegner 16; Rittler 122 ff.
5) Zur gesamten Problematik vgl. Mezger GS 89/207 ff.; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit 62; Rittler-Festschrift 165 ff.; Sieverts, Beiträge; Nowakowski ZStW 63/319 f.; Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung
6) Kohlrausch-Lange III 2 vor §43
7) S.93 ff.

B. Die subjektive Verbrechensauffassung

I. Wesen des Verbrechens

Die Vertreter der subjektiven Verbrechensauffassung sehen im Gegensatz zu den "Objektivisten" im Verbrechen nicht nur eine reale Rechtsgutsbeeinträchtigung. Sie beziehen in weit stärkerem Maße den Täter in den Verbrechensbegriff ein. Wie sich vor allem aus der Stellungnahme zum untauglichen Versuch[1] ergibt, tritt bei der Erklärung des Begriffes Verbrechen neben den Erfolgsunwert als ebenso wichtiger, gelegentlich sogar wichtigerer Faktor der Handlungsunwert.

Um eine Tat als Verbrechen strafen zu können, muß nicht unbedingt ein konkretes Rechtsgut in Gefahr gebracht oder verletzt worden sein, sondern es genügt schon - etwas anders akzentuiert, sachlich aber gleichbedeutend - eine Beeinträchtigung der Rechtsordnung als ganzer, eine Auflehnung gegen die rechtlichen Gesinnungswerte.

Die Manifestation der Rechtsfeindschaft - oder des bösen Willens -, die abstrakte Gefährlichkeit des Täters, die er durch seine Tat offenbart, rückt mit bzw. in erster Linie ins Zentrum der rechtlichen Überlegungen. Die allgemeine Friedensstörung oder Beeinträchtigung des Rechtsfriedens spielt die entscheidende Rolle[2].

Rein und kompromißlos mit letztlich entscheidendem Akzent auf dem Handlungsunwert wird diese Auffassung von den Ver-

---

1) Vgl. Engisch, Einheit der Rechtsordnung 66, 35
2) klar bei Jagusch, LK (8) §43 I 1

tretern der finalen Handlungslehre[1] verfochten. Auch die meisten Anhänger des "herkömmlichen" Verbrechensaufbaus vertreten eine subjektive Auffassung[2], ebenso das Reichsgericht[3] und der Bundesgerichtshof[4].

Davon können diejenigen "Subjektivisten" abgeschichtet werden, die versuchen, den Erfolgs- und Handlungsunwert möglichst gleich stark zu berücksichtigen[5].

Die subjektive Verbrechensauffassung ist heute fast absolut herrschend[6]. Vielfach entsteht der Eindruck, als ob die

---

1) Sie können Anhänger der Lehre vom Leitbildtatbestand, wie etwa Welzel (7) 73, 17o ff., Maurach 37o ff., 4o7 oder der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, wie etwa von Weber 87 ff., 76 ff. sein.

2) Schönke-Schröder §43 I 2c; Kohlrausch-Lange III vor §43; Jagusch LK §43 II; Olshausen-Niethammer (12) 3b vor §43; H. Mayer 278; Wegner 228;

3) RG 1/439 (441); 452; 17/159; 39/316; 47/66 und ständig

4) BGH 1/16; 2/76; 3/255; 4/2oo und ständig

5) Dazu möchte ich zählen vor allem Mezger StB §79 und Lisz Schmidt (26) 3o1 ff.. Sie versuchen, mit Hilfe der Auslegung der einzelnen Rechtfertigungsgründe zu den ihnen gerecht erscheinenden Ergebnissen zu kommen.

   Gerade am Prüfstein des nRi zeigt sich aber, daß sich nur bei klarer Stellungnahme zu der Frage, ob man dem Erfolgs- oder dem Handlungsunwert den Vorrang geben will wirklich befriedigende und "gerechte" Ergebnisse erzielen lassen. Wie es mit dem Ideal der Gerechtigkeit - Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln - vereinbar sein soll, den Täter beim nRi einmal wegen Versuch und einmal wegen Vollendung zu strafen, kann ich nicht einsehen. Bei aller Verschiedenheit in ihrer Ausgestaltung haben doch alle Rechtfertigungsgründe d a s gemeinsam, daß sie "das Unrecht beheben". Entweder ist der ohne subjektives Rechtfertigungselement handelnde Täter in jedem Falle wegen Vollendung oder in jedem Falle wegen Versuchs strafbar.

6) Maurach 4o7 spricht davon, daß die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht nur herrschende, sondern allgemeine Meinung sei. Und Rittler, Spendel?

   Um Irrtümern vorzubeugen, sei klargestellt, in welcher Bedeutung die Ausdrücke objektive und subjektive Verbrechens- bzw. Versuchsauffassung verwendet werden.

   Von objektiver Auffassung wird nur dann gesprochen, wenn das entscheidende Kriterium die Gefährlichkeit der Tat für das Rechtsgut ist.

   Alle anderen Ansichten werden als subjektiv angesehen.

objektive Auffassung längst überholt und nicht mehr diskutabel sei, denn viele Autoren finden es nicht mehr veranlaßt, überhaupt auf deren Argumente einzugehen.

II. Verbrechensaufbau

) Allgemeines

a) Bei dem heute fast unüberschaubaren Stand der Strafrechtsdogmatik mit ihren großen, feinen und feinsten Verästelungen bieten sich verschiedene Möglichkeiten der Systematisierung an, um der Lösung des Problems des nRi näher zu kommen. Der Titel der Arbeit würde an sich nahe-

---

Es wird nicht danach unterschieden, ob das Schwergewicht auf die Gefährlichkeit des Täters ("objektiv") oder auf die Rechtsfeindschaft ("subjektiv") gelegt wird. Auch auf die Unterscheidungen, die bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch gemacht werden, wird nicht näher eingegangen, da dies für die Arbeit nicht von Belang ist. Entscheidender Richtpunkt ist die Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs (vgl. Bockelmann JZ 54/47o A.17). Wird sie bejaht - sei es in jedem Falle, sei es nur bei Untauglichkeit des Mittels oder auch des Objekts -, werden die entsprechenden Auffassungen als subjektiv klassifiziert.

(Inwieweit ist es eigentlich logisch und dogmatisch miteinander vereinbar, bei der Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch, also bei der Frage des Beginns der Strafbarkeit beim t a u g l i c h e n Versuch nach objektiven Kriterien zu verfahren, beim u n t a u g l i c h e n Versuch aber plötzlich eine für den Täter viel ungünstigere Position einzunehmen und nach ausschließlich subjektiven Gesichtspunkten zu entscheiden - vgl. nur Maurach 396 ff. einerseits, 4o2 ff. andererseits, jeweils mit Literaturhinweisen - ? Hat der Täter nicht auch in vielen Fällen, die bei der "objektiven" Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch noch als Vorbereitungshandlungen zu bewerten sind, in unmißverständlicher Weise seine Rechtsfeindschaft dokumentiert? Der Hinweis auf die Möglichkeit des rechtzeitigen Rücktritts, die man dem Täter nicht verbauen dürfe, schlägt nicht durch, um die verschiedene Behandlung dieser Fälle zu rechtfertigen. Vgl. zum Ganzen Bockelmann, Niederschriften II 171 ff., aber auch die übrigen Stellungnahmen bei den Beratungen, insbes. Gallas a.a.O. 194 ff.)

legen, es auf dem Weg der Klärung der Begriffe Vollendung, Versuch und Wahnverbrechen zu versuchen.

Gegenwärtig scheint jedoch die Tatbestandslehre weiter entwickelt zu sein, als die Lehre vom Versuch[1]. Da Tatbestandsirrtum und Versuch Spiegelbilder sind (was positiv Tatbestandsirrtum ist, ist negativ Versuch) und aus diesen Begriffen (und mit ihrer Hilfe) die ebenfalls spiegelbildlichen Gegenpole Verbotsirrtum und Wahnverbrechen entwickelt werden können[2], wird auf einem "Umweg" vorgegangen:

Erst nach Klärung des Tatbestandsbegriffs, insbesondere des Umfangs des Tatbestandes im Sinne § 59 wird der umgekehrte Irrtumsfall, der Versuch gem. § 43 behandelt; danach der Verbotsirrtum und das Wahnverbrechen. Mit Hilfe des Umkehrverhältnisses bzw. des Umkehrschlusses werden die Folgerungen aus den Tatbestandskonstruktionen gezogen, die sich für den negativen Rechtfertigungsirrtum ergeben.

b) Überwiegend werden heute zwei Tatbestandslehren vertreten: die Lehre vom "Leitbildtatbestand"[3] und die Lehre von den "negativen Tatbestandsmerkmalen" (LvnT)[4].

aa) Nach der Lehre vom Leitbildtatbestand bilden die Tatbestandsmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit und die Schuld scharf voneinander getrennte Verbrechensteile. Die Rechtfertigungsgründe zählen zur Stufe der Rechtswidrigkeit.

---

1) Vgl. Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen 15o
2) Vgl. Bruns, der untaugliche Täter 42
3) Bezeichnung nach Hirsch 15 (vgl. A.8)
4) Zwar folgt aus der Stellungnahme für die eine oder andere Lehre noch nicht unmittelbar zwingend die Stellungnahme zum Problem der Arbeit, wie sich später zeigen wird. Aber auf der nächsten Stufe der Untersuchung, insbesondere innerhalb der "Schuldtheorien" (im Gegensatz zu den "Vorsatztheorien") ist die Stellungnahme für Leitbildtatbestand oder LvnT von entscheidender Bedeutung.

bb) Die LvnT dagegen faßt die Tatbestandsmäßigkeit gem. aa) und den Sachverhalt der Rechtfertigungsgründe zur Tatbestandsmäßigkeit (im weiteren Sinne) zusammen. Die weiteren Stufen bilden die Rechtswidrigkeit[1] und die Schuld.

Einigkeit besteht bei den meisten Vertretern dieser beiden Lehren darüber, daß sich die einzelnen Stufen bedingen[2]: d. h. die nachfolgenden Stufen sind davon abhängig, daß die jeweils vorhergehende vorliegt. Es gibt also keine Rechtswidrigkeit (im strafrechtlichen Sinne) ohne Tatbestandsmäßigkeit, keine Schuld ohne Tatbestandsmäßigkeit + Rechtswidrigkeit. Strafbar ist eine Handlung nur dann, wenn alle Verbrechensstufen gegeben sind.

Exkurs:

Nowakowski[3], Beseler[4], Goldschmidt[5], Kadečka[6] und von Gemmingen[7] bestreiten diesen fast allgemein für unantastbar gehaltenen Satz. Insbesondere vertreten sie die Ansicht, daß eine strafbare Handlung nicht rechtswidrig zu sein brauche, wie sich aus der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ergebe. Verständlich wird diese Auffassung dadurch, daß diese Autoren an der Ansicht Belings festhalten, die Rechtswidrigkeit sei rein objektiver Natur, sie aber andererseits die subjektive Verbrechenstheorie vertreten.

Neben den beiden Systemen Leitbild und LvnT bestehen noch eine Reihe anderer Systematisierungen. Engisch[8] zeigt insgesamt 5 Tatbestandsbegriffe auf; Mezger[9] differenziert zwischen Unrechts- und Handlungstatbestand; Gallas[10] un-

---

1) Engisch, Unrechtstatbestand 41o,4o9. Nach Hirsch 15 gibt es für die LvnT keine eigene Stufe der Rechtswidrigkeit.
2) Vgl. nur Welzel (7) 45
3) Das Österr. Strafrecht S.42/43
4) Juristische Miniaturen (1929) 42 f.
5) Der Notstand, ein Schuldproblem (1913) 18
6) Rittler-Festschrift (1946) 32 ff., ZStW 59/1 ff.
7) DStrR 1935 1o7 f., 11o. Vgl. dazu Engisch, Unrechtstatbestand 433 f.
8) Mezger-Festschrift 13o ff.
9) StB I (9) §18
o) ZStW 67/29, 31

terscheidet zwischen Delikts-, Unrechts- und Schuldtatbestand. Desgleichen kennt Sauer[1] mehrere Tatbestandsbegriffe.

Da die Unterscheidungsmaßstäbe von den einzelnen Autoren sehr verschieden gehandhabt werden, decken sich ihre Tatbestandsbegriffe teilweise, teilweise fallen sie auseinander. Letztlich entscheidend für die Untersuchung sind nur die Lehre vom Leitbildtatbestand und die LvnT, die beide an § 59 ausgerichtet sind.

2) Um sich den heutigen Stand der Tatbestandslehre klarzumachen, ist ein kurzer Abriß der geschichtlichen Entwicklung nützlich.
Da dieser Überblick nur als Hilfsmittel für die Lösung des Problems des nRi dienen soll, kann er knapp gehalten und auf die für den Tatbestand im Sinne des § 59 wesentlichen Punkte beschränkt werden.

a) Der wertfreie Tatbestand B e l i n g s

Als selbständige Verbrechensstufe neben Rechtswidrigkeit und Schuld hat zuerst Beling den Tatbestand in seiner "Lehre vom Verbrechen" (1906) herausgearbeitet. Er hat im Gegensatz zu der bis dahin üblichen Terminologie, die mit "Tatbestand" den Inbegriff aller Voraussetzungen bezeichnete, an die Strafe geknüpft werden konnte, den Begriff Tatbestand auf einen Teil dieser Voraussetzungen beschränkt. Er verstand darunter die äußere Umschreibung der Merkmale des Verbrechenstypus[2], das "Tatbild" im Sinne des vorhergehenden Abschnitts A.

Dieser Tatbestand ist o b j e k t i v , d. h. er umfaßt nur solche Merkmale, zu deren Feststellung es keines Einblicks in die Seele des Täters bedarf[3]. Er umfaßt keine innerseelischen, subjektiven Vorgänge.

---

1) Allg. Strafrechtslehre (3) 63 ff., Mezger-Festschrift 117
2) LvV 11o, 178
3) a.a.O. 76, 77, 178

Er ist darüber hinaus **wertfrei**, und zwar im Sinne von wertungsfrei. Eine rechtliche Wertung der Handlung wird durch ihre Aufstellung im Gesetz nicht vollzogen[1]. Der Tatbestand ist rein von allen Rechtswidrigkeitsmomenten[2]. Die Tatbestandserfüllung kann zwar ein Indiz der Rechtswidrigkeit sein[3], das besagt aber nur, daß in sehr vielen Fällen eine tatbestandsmäßige Handlung auch rechtswidrig sein wird. In der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit ist noch keine Bewertung der Tat als rechtswidrig enthalten oder angedeutet.
Wertfrei bedeutet nach Beling aber nicht, daß der Tatbestand lediglich deskriptiv, beschreibend sei. Er umfaßt vielmehr auch die normativen Merkmale[4].

b) Nach M. E. **Mayer**[5], der grundsätzlich am wertfreien Tatbestand Belings festhält, diese Wertfreiheit teilweise sogar noch radikaler betont[6], enthalten die Tatbestände ausnahmsweise normative Elemente, d. h. solche, die nicht sinnlich wahrnehmbar sind und deren Auslegung eine Wertung erfordert. Wertungen gehören jedoch grundsätzlich nicht in den Tatbestand, sondern in die Rechtswidrigkeit.

Da diese Merkmale vom Gesetz zweifellos zu den Tatumständen im Sinne des § 59 gerechnet werden[7], sind sie "Fremdkörper" im Tatbestand oder "unechte Tatbestandsmerkmale"[7], die "einer mit der einen Spitze im gesetzlichen Tatbestand, mit der anderen in der Rechtswidrigkeit verankerten Klammer vergleichbar" sind[8].

---

1) a.a.O. 112
2) a.a.O. 145
3) a.a.O. 162, 163
4) LvT 1o; über die normativen Merkmale vgl. Engisch, Mezger-Festschrift 127 - 163; Kunert, Die normativen Merkmale
5) Lehrbuch 7 ff., 52, 182 ff.
6) a.a.O. 7, 183
7) a.a.O. 184
8) a.a.O. 182

Die normativen Tatbestandsmerkmale sind jedoch Einzelfälle. Grundsätzlich haben die Tatbestandsmerkmale nur unrechtsindizierende Funktion, nur ausnahmsweise unrechtsbegründenden Charakter.

c) Der mit der Entdeckung des Wesens der normativen Tatbestandsmerkmale erfolgte Einbruch in die Lehre von der Wertfreiheit des Tatbestandes führte über verschiedene Zwischenstufen geradewegs zu ihrem extremen Gegenstück, dem U n r e c h t s t a t b e s t a n d .

aa) Zunächst wurde der Kreis der normativen Elemente immer weiter gefaßt[1], bis schließlich Erik Wolf darlegte, daß letzthin alle Tatbestände normativ sind[2]. Tatsachenbeschreibung und Tatsachenwertung lassen sich nicht lösen, die Tatbestände sind eine "unaufhebbare Strukturverschlingung von Wertelementen und Seinselementen"[3].

Dies hatte zur Folge, daß die scharfe Trennung von "Objekt der Wertung" und "Wertung des Objekts" aufgegeben wurde und man lehrte, daß der Akt der gesetzgeberischen Tatbestandsschöpfung unmittelbar die Rechtswidrigkeitserklärung, die Unrechtsbegründung als speziell typisiertes Unrecht enthalte. Die tatbestandsmäßige Handlung sei bei Fehlen besonderer Unrechtsausschließungsgründe rechtswidrig. Der Tatbestand sei das Urteil darüber, daß die ihm unterfallende Handlung bis auf weiteres Unrecht sei[4].

bb) Nach der Wertfreiheit wurde mit der Entdeckung der subjektiven Unrechts- und damit Tatbestandsmerkmale auch die Objektivität des Tatbestandes im Sinne

---

1) Vgl. Engisch a.a.O.; Mezger, Vom Sinn 41-46
2) Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit 56-61; Der Sachbegriff im Strafrecht, RGR. Praxis 5.Bd. 44-71
3) Typen 11
4) Mezger, Vom Sinn 11; Sauer, Grundlagen (1921) 3o7, 3o9 A.1, 31o, 368; Hegler, ZStW 36/35

Belings aufgegeben[1]. In vielen Fällen sei nicht erst die Schuld, sondern schon das Unrecht der Tat von der Willensrichtung des Täters, also von innerseelischen, subjektiven Momenten abhängig. Beispielsweise könne bei den Absichtsdelikten, beim Versuch, bei vielen Sittlichkeitsdelikten äußerlich gleiches Tun einmal Recht, das andere Mal Unrecht sein[2].

cc) Die Entwicklung der Tatbestandslehre blieb nicht dabei stehen, eine tatbestandsmäßige Handlung als nur vorläufig rechtswidrig zu klassifizieren. Denn die ratio essendi der Rechtswidrigkeit könne nicht das sein, was nur einen Teil der Merkmale der Erscheinung enthalte[3]. Außerdem war der Vorwurf nicht auszurotten, die Lehre vom Tatbestand als vorläufigem Unwerturteil betrachte eine gerechtfertigte Tat als "an sich rechtswidrig"[4] und rücke damit die gerechtfertigte Handlung in lebensfremder und den Täter kränkender Weise in den Bereich des Unrechts. Man zog daher alle für das Unrecht maßgebenden Merkmale in den Tatbestand hinein und machte den Tatbestand von einem vorläufigen zum endgültigen Unwerturteil. Als erste vollzogen diesen Schritt Engisch - "Das tatbestandsmäßige Verhalten ist eo ipso ... Unreoht"[5] und Radbruch - "Wenn Tatbestandsmäßigkeit ... vorliegt, ist damit notwendig zugleich die Rechtswidrigkeit gegeben"[6]. Damit ist der Gegenpol zu Belings Tatbestandsauffassung erreicht, von dem aus keine Weiterentwicklung denkbar ist[7].

---

1) H.A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit (1911); Hegler ZStW 36/19 ff.; M.E. Mayer, Lehrbuch 185 ff.; Mezger GS 89/2o7 ff., LB 168-173, 19o
2) Vgl. oben S.2o,21 mit Anmerkungen
3) Lang-Hinrichsen JZ 1953/363 Anm.6
4) Vgl. Hofacker ZStW 43/649 ff.; Dahm, Verbrechen und Tatbestand, bes. 65 ff.
5) Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit 12
6) Frank-Festgabe I 165
7) Vgl. zum Ganzen auch Engisch, Unrechtstatbestand 4o2 ff.

3) Der grundsätzliche Unterschied zwischen den beiden heute überwiegend vertretenen Tatbestandslehren im einzelnen

Der bedeutsamste Unterschied zwischen der Lehre vom Leitbildtatbestand und der LvnT besteht im Verhältnis von Tatbestand und Rechtfertigungsgründen.

a) Die Lehre vom Leitbildtatbestand[1)]

Der (Leitbild-) T a t b e s t a n d umfaßt das verbotene Verhalten, das in den einzelnen Strafbestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs sachlich-gegenständlich umschrieben ist. Rechtfertigungsgründe gehören nicht hierher. Mit Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit ist über die Rechtswidrigkeit, den Widerspruch der Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als ganzer, noch nicht entschieden.
Der Irrtum des § 59 umfaßt nur den Irrtum über einen hierher gehörenden Tatumstand.

Die R e c h t s w i d r i g k e i t ist im Anschluß an die Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit selbständig zu prüfen, d. h. es ist zu untersuchen, ob ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Liegt kein Erlaubnissatz vor, ist das tatbestandsmäßige Verhalten im Normalfall, bei den "geschlossenen" Tatbeständen, rechtswidrig, da die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert.

Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit stehen n e b e n e i n a n d e r , das einzelne Verbot oder Gebot des Besonderen Teils des StGB wird durch die Rechtfertigungsgründe nicht bereits in seinem Umfang eingeschränkt.

Jeder Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund ist ein Verbotsirrtum[2)].

---

1) Vertreten u.a. von BGH 2/194 (195); Maurach 231 f., 37o f.; Welzel (7) 45 ff., 152 ff.; Niese DRiZ 53/21 f.; Nowakowski, Österr. Strafrecht 55 f.; Hirsch 347; zum folgenden vgl. Hirsch mit reichhaltigen Literaturangaben.
2) Zur abweichenden Ansicht Hirsch 18

Als dritte Verbrechensstufe folgt die S c h u l d .

b) Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen[1]

Für die LvnT umfaßt der T a t b e s t a n d alle Voraussetzungen des Unrechts einschließlich der Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen. Die Voraussetzungen, deren Fehlen zur Verwirklichung dieses als "Unrechtstatbestand" zu bezeichnenden Tatbestands notwendig ist, sind "negative Tatbestandsmerkmale". Für die LvnT ist mit der Tatbestandserfüllung die R e c h t s w i d r i g k e i t gegeben. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, Rechtswidrigkeitsmerkmale und Tatbestandsmerkmale sind identisch[2]. Bereits die Gebote und Verbote des besonderen Teils des StGB erfahren durch die Rechtfertigungsgründe eine Einschränkung.

Der Irrtum des § 59 erfaßt neben den in unter a) genannten Fällen auch diejenigen, in denen der Täter irrtümlich die objektiven Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes annimmt.

Erst die irrtümliche Annahme eines vom Recht nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes[3] bildet einen Verbotsirrtum.

Die nächste Verbrechensstufe bildet dann die S c h u l d .

---

1) Vertreten u.a. von Engisch ZStW 7o/583 ff.; Mezger NJW 53/6; v. Weber, Mezger-Festschrift 183 ff.; Kohlrausch-Lange §59 V 1; Schaffstein MDR 51/196 ff.; Schönke-Schröder §59 III 1; Arthur Kaufmann JZ 54/653 ff, 56/353 ff.; Roxin 121 ff., 173 ff.;

2) Hirsch 15; vgl. aber Engisch, Unrechtstatbestand 41o, 4o9, der zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Schuld eine eigene Stufe der Rechtswidrigkeit kennt. Ob die LvnT vom zweiteiligen Verbrechensaufbau auszugehen hat oder nicht, kann im Rahmen der Arbeit dahingestellt bleiben, da dies nicht von entscheidender Bedeutung ist.

3) Zum Irrtum über den begrifflichen Umfang eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes vgl. Arthur Kaufmann JZ 54/658

Die Problematik im einzelnen hier darstellen zu wollen, würde den Rahmen der Arbeit weit sprengen und ist für die Untersuchung des nRi auch nicht unbedingt nötig. Es kann an die Ergebnisse dieser beiden Lehren angeknüpft werden ohne nähere Prüfung dessen, inwieweit sich die Vertreter der einen oder anderen Tatbestandsauffassung in Einklang mit der geltenden gesetzlichen Regelung befinden. Verwiesen sei statt vieler nur auf Hirsch (auch auf Welzel[1]) für die Vertreter des Leitbildtatbestandes, auf Arthur Kaufmann[2] und Engisch[3] für die Vertreter der LvnT. Über die Lage im Ausland informiert Lang-Hinrichsen[4].

Exkurs:

Wie oben (Seite 12) angedeutet, wird die Rechtswidrigkeit nur von den "geschlossenen" Tatbeständen indiziert, d.h. von solchen, bei denen der Kreis der positiven unrechtsindizierenden Merkmale lückenlos geschlossen ist. Bei welchen Tatbeständen dies nicht der Fall ist, ist umstritten. Nach der herrschenden Meinung fallen die fahrlässigen Delikte darunter; bei den unechten Unterlassungsdelikten wird diese Ansicht von einer beachtlichen Minderheit vertreten.

Heftig umstritten sind neuerdings die sog. o f f e n e n T a t b e s t ä n d e , entwickelt von Welzel[5], modifiziert von Armin Kaufmann[6]. Zu diesem Problem vgl. die ausführliche Untersuchung von Roxin. Die einzelnen Fragen können auf sich beruhen, da die offenen Tatbestände für die Lösung des nRi nur von untergeordneter Bedeutung sind.

---

1) Niederschriften 2.Bd.11 ff.
2) JZ 54/653 ff., 56/353 ff.
3) ZStW 7o/583 ff.; Unrechtstatbestand
4) Die Schuld- u. Irrtumslehre, Materialien 2.Bd. I 416 ff., 413 ff.
5) JZ 52/19, 2o, 133-136, 2o8, 2o9
6) Lebendiges u. Totes in Bindings Normentheorie, vor allem 97 ff., 134 ff.

) Aufgaben des Tatbestandes[1)]

Bisher wurde von Tatbestand oder Tatbild gesprochen, ohne die Aufgaben (und Grenzen) dieses Begriffs zu klären.

Der Tatbestand hat im wesentlichen drei Aufgaben zu erfüllen:

a) Der Satz nulla poena sine lege[2)] in § 2 StGB, Art. 1o3 II GG verlangt, daß dasjenige Verhalten, das strafbar sein soll, vom Gesetzgeber sachlich - gegenständlich umschrieben werden muß. Jeder Staatsbürger muß die Möglichkeit haben, sich bei jeder seiner Handlungen vorher darüber zu unterrichten, ob sie strafbar ist oder nicht.

Als G a r a n t i e t a t b e s t a n d [3)] kann der Inbegriff all der Umstände bezeichnet werden, auf die sich der Satz nulla poena sine lege bezieht.

b) Die Abgrenzung aller Irrtumsarten im Strafrecht hängt direkt oder indirekt von der Definition des Tatbestandes ab. Gemäß § 59 muß der Täter (zumindest) die Tatumstände kennen, "welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören".
Das Spiegelbild des positiven Tatbestandsirrtums ist der Versuch gem. § 43, der "negative Tatbestandsirrtum".
Was positiv kein Tatbestandsirrtum ist, gehört zum Verbotsirrtum. Sein negatives Spiegelbild und der Gegenpol zum Versuch ist das Wahnverbrechen.
Dies zeigt die überragende Bedeutung des Tatbestandsbegriffs für die Irrtumsregelung, weil letztlich die Klassifizierung aller Irrtümer darauf gegründet wird.

Der Tatbestand gem. § 59 hat die Aufgabe, alle jene Merkmale zu umschreiben, auf die sich der Vorsatz des

---

1) Vgl. Roxin 1o6 ff.
2) Vgl. Maurach 83 ff.
3) Engisch, Mezger-Festschrift 129, 131; Lang-Hinrichsen JR 52/3o7; JZ 53/363

Täters erstrecken muß[1]. Er kann im Anschluß an Bruns[2] entsprechend seiner Aufgabe als "vorsatzregulierender Tatbestand" oder entsprechend seiner Aufgabe bei der Lösung der Irrtumsfälle als I r r t u m s t a t b e s t a n d [3] bezeichnet werden.

c) Mit seiner irrtumsregelnden Funktion hängt eng die systematische Aufgabe des Tatbestandes zusammen. Bis zu Beling hatte man das Verbrechen als "rechtswidrige, schuldhafte, mit Strafe bedrohte Handlung"[4] definiert, wobei "mit Strafe bedroht" keine Auskunft darüber gibt, welche Eigenschaft eine Handlung haben muß, um mit Strafe bedroht zu sein. Beling hat diesen verschwommenen Ausdruck durch den Tatbestand ersetzt. Dies hat sich allgemein durchgesetzt.
In welchem Verhältnis dieser S y s t e m t a t b e s t a n d zur Rechtswidrigkeit steht, ob er wertfrei oder Unrechtstatbestand, ratio cognoscendi oder ratio essendi der Rechtswidrigkeit ist - darüber besteht bis heute keine Einigkeit, wie die große Teilung in das Lager der Anhänger vom Leitbildtatbestand und in dasjenige der LvnT zeigt.

Bisher ging man allgemein davon aus, daß es nur einen Tatbestandsbegriff gebe, der sowohl die Aufgaben des Garantie- wie des Unrechts- wie des Systemtatbestandes[5] erfüllen könne.

---

1) Ob §59 diese Umstände abschließend umschreibt, ist sehr bestritten
2) Kritik der Lehre vom Tatbestand 27 ff.
3) Roxin 1o8
4) LvV 21
5) Diese 3 Tatbestandsbegriffe sind rein formaler Natur, sie bezeichnen nur Sinn und Aufgabe des Tatbestandes, nicht aber seinen Inhalt. Die von Engisch, Mezger-Festschrift 13o-132 und Mezger NJW 1953/2-6 aufgeführten Tatbestandsbegriffe richten sich teils an der Funktion aus, teils sind sie inhaltlich bestimmt. Für die Arbeit ist ein Eingehen darauf nicht unbedingt erforderlich.

In neuer Zeit wurde diese Überzeugung jedoch von Lang-Hinrichsen[1], Engisch[2], H. Mayer[3], Bruns[4], Schweikert[5] und Sieverts[6] erschüttert. Auch Welzel[7] scheint davon abzurücken. Bereits 1930 hat Beling[8] den ersten Schritt dazu getan mit seiner Unterscheidung zwischen Deliktstypus und Leitbild, mit der er den System- vom Irrtumstatbestand trennte.

Nach den Untersuchungen dieser Autoren überschneiden sich die drei Tatbestandsbegriffe zwar, decken sich aber nicht. Sie müssen deshalb scharf auseinander gehalten werden. Denn was für den Irrtumstatbestand gilt, braucht für den System- oder Garantietatbestand noch nicht richtig zu sein. Wie die einzelnen Tatbestandsarten zueinander stehen, inwieweit sie identisch und inwieweit sie verschieden sind, wäre zwar sehr interessant, ist für die Lösung der Frage des nKi aber nicht nötig. Entscheidend ist nur die inhaltliche Bestimmung, Umfang und Ausmaß des Irrtumstatbestandes; die Probleme der übrigen Tatbestandsausformungen müssen auf sich beruhen.

Der Irrtumstatbestand

Wie sieht nun nach Ansicht von Wissenschaft und Praxis der Tatbestand im Sinne § 59 aus?

Bevor auf die verschiedenen Theorien eingegangen wird, muß zur Klärung des Fragenkomplexes etwas vorausgeschickt werden:

Ausgangspunkt des Streites über den Tatbestand gem. § 59

---

1) JR 1952/302 ff.
2) Mezger-Festschrift 129 ff., Rittler-Festschrift 171, 172
3) JZ 53/105
4) Kritik der Tatbestandslehre
5) Wandlungen 26, 35, 126
6) Subjektive Unrechtselemente a.92, S.111-114
7) LB (7) 2o (der "Garantietatbestand" soll auch Rechtswidrigkeits- und Schuldelemente sowie Strafbarkeitsbedingungen enthalten)
8) LvT

ist die Tatsache, daß der Gesetzgeber lediglich zwei Schuld stufen kennt - Vorsatz mit dem höheren und Fahrlässigkeit mit dem niedrigeren Strafrahmen. Vielfach gibt es nur einen Str rahmen; dann ist nur die vorsätzliche Tatbegehung strafbar.

Der Gesetzgeber hat jedoch nicht definiert, wann Vorsatz und wann Fahrlässigkeit vorliegt[1], sondern hat die Klärung dieser Frage der Praxis und der Wissenschaft überlassen. Dabei stellte sich heraus, daß es nicht nur zwei, sondern mindestens drei Schuldstufen gibt, die sich in ihrer Schwere klar voneinander unterscheiden[2]:

aa) Die Handlung des Täters entspringt einer moralisch verwerflichen und sozial unerträglichen Gesinnung. Der Täter ist sich auch der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewußt. Kurz gesagt: Der Täter will bewußt etwas anderes als der Gesetzgeber.

bb) Die Handlung entspringt einer moralisch verwerflichen und sozial unerträglichen Gesinnung oder das Wollen des Täters wird aus einem anderen Grund vom Gesetzgeber nicht gebilligt. Der Täter ist sich aber nicht bewußt, gegen ein Gebot zu verstoßen. Seine Rechtsauffassung weicht also von der des Gesetzgebers ab. Kurz: Der Täter will unbewußt etwas anderes als der Gesetzgeber.

cc) Das, was der Täter will, steht in Einklang mit den Geboten der Rechtsordnung. Durch vermeidbare Unachtsamkeit tritt ein Erfolg ein, den der Täter nicht wollte. Die Rechtsauffassungen des Täters und des Gesetzgebers stimmen überein - der Täter ist an sich rechtstreu[3]. Kurz: Der Wille des Täters weicht von dem des Gesetzgebers nicht ab, es stellt sich aber ein strafrechtlich erheblicher Erfolg ein.

---

1) Daß § 59 lückenhaft ist, ist praktisch allgemein anerkannt. Eine Ausnahme bildet Wegner, der versucht, alle Irrtumsfälle mit Hilfe des § 59 zu lösen.
2) Vgl. Roxin 112, 113
3) BGH 3/1o5 (1o7)

Die zur ersten Gruppe gehörenden Taten, z.B. gewöhnliche Raubüberfälle, Diebstähle, Betrügereien etc. stellen die schwerste Art dar und unterfallen unbestritten dem Vorsatzstrafrahmen.

Zweifelhaft ist jedoch, inwieweit Taten der Gruppen bb und cc zu den vorsätzlichen Delikten zu rechnen sind. Je nach dem Umfang, in dem dies geschieht, können die folgenden Theorien unterschieden werden[1)2)]:

a) Die V o r s a t z t h e o r i e I[3)]

Die Vertreter dieser Lehre nehmen nur dann Vorsatz an, wenn der Täter das Verbotensein seiner Handlungsweise kennt wenn er weiß, daß sie formell rechtswidrig ist.

---

1) Zu der Frage der Grenzziehung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, speziell zu dem Problem, inwieweit sie von der "Natur der Sache" festgelegt sei, vgl. Engisch, Schmid Festschrift 9o ff., insbesondere 1o4 ff.

2) Auf die Auffassung des RG von der Unbeachtlichkeit des Unrechtsbewußtseins und die Disjunktion Tat - und Rechtsirrtum mit der sich daraus ergebenden Tatbestandskonstruktion gem. §59 wird nicht eingegangen, da sie inzwischen überholt und praktisch aufgegeben ist; vgl. dazu Maurach 363 ff., aber auch Winnefeld, DRZ 47/365 f., Wegner, Festschrift für Raape 4o1 ff.

3) Vertreten von Binding, Normen III 299 ff.; Nagler LK (6) 377; Schröder MDR 5o/646 ff.; Schönke-Schröder §59 V 1; Lang-Hinrichsen JR 52/184 ff.; Sauer ZStW 69/11; Mezger NJW 51/5oo ff.; H. Mayer 249; Baumann 339; OGH BZ 1/225; Oehler, Festschrift für den Deutschen Juristentag 1955/259 - dieser nimmt (das sei hier vorweggenommen) - hinsichtlich des nRi eine Sonderstellung ein. Er verlangt - wie Wegner 121 f. bei der Notwehr - keinen Rechtfertigungs w i l l e n , aber einen Rechtfertigungs z w e c k. Dieser setzt allerdings (fast) notwendig einen Rechtfertigungswillen voraus. Er kommt wegen seiner Grundposition bei den einzelnen Rechtfertigungsgründen zu verschiedenen Ergebnissen:
Ist bei der Einwilligung diese erklärt, weiß der Täter davon jedoch nichts, so ist er wegen Versuchs strafbar - 175, 176. Bei anderen Gründen, bei denen der Rechtfertigungswille unmittelbar vom Rechtfertigungszweck gefordert wird, wie etwa bei der Notwehr, wird Oehler wohl eine objektiv rechtswidrige und damit vollendete Tat annehmen.

Der Täter muß mit einem wirklich vorhandenen, konkret nachweisbaren, er muß mit dem aktuellen Unrechtsbewußtsein gehandelt haben.
Dieses kann fehlen, weil der Täter ein Merkmal der sachlich-gegenständlichen Beschreibung des Besonderen Teils des StGB nicht erkannt hat oder weil ihm das generelle Verbotensein der Handlung unbekannt ist oder weil er - für die Arbeit wichtig - einen anerkannten oder nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund für sich in Anspruch nimmt[1].

Wer ohne Unrechtsbewußtsein den Tatbestand verwirklicht, handelt blind, aber nicht vorsätzlich[2]. Tatbestands- und Verbotsirrtum stehen einander gleich, sie schließen beide gem. § 59 den Vorsatz aus.
Lediglich Handlungen der Gruppe aa fallen unter den Vorsatzstrafrahmen.
War die Rechtsunkenntnis vermeidbar, so ist die Tat als fahrlässige strafbar, wenn ein entsprechender Strafrahmen existiert.

Die Anhänger der Theorie ziehen die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zwischen Gruppe aa und bb, weil sie glauben, es gäbe keinen tieferen Unterschied für die strafrechtliche Bewertung einer Tat als den, ob einer bewußt oder nur unwillentlich gegen das Recht verstoße[3]. "Das Besondere der vorsätzlichen Schuld gegenüber der nur fahrlässigen ist die Tatsache, daß der Täter bei der Wahl zwischen Recht und Unrecht sich für das Unrecht entscheidet .... Diese Tatsache begründet einen Vorwurf von ausgesprochener Eigenart, wie ihn die bloße Feststellung, daß dem Täter die Tatbestandsmerkmale bekannt gewesen sind, nicht ermöglicht"[4]. In den Fällen bb und cc liege keine Entscheidung gegen das Recht und für das Unrecht im Tatentschluß des Täters, son-

---

1) Maurach 365 f.
2) Schröder JZ 51/387
3) Binding, Die Schuld im dt. Strafrecht (1919) 18
4) Schröder ZStW 65/196

dern der Vorwurf sei der des unzulänglichen Einsatzes der Persönlichkeit, eben der Vorwurf der Fahrlässigkeit.

Lang-Hinrichsen[1] argumentiert, zwischen willentlichen und unbewußten Rechtsverstößen bestünden "materiale, dem Recht vorgegebene ... Unterschiede", "die vom Gesetz nicht in positivistischer Art unterbewertet werden" dürften; "... solange der dem Recht vorgegebene Grundsatz, daß Gleiches gleich zu behandeln ist, Geltung hat", müßten auch Tatbestands- und Verbotsirrtum gleich behandelt werden, weil ein "für die Vorwerfbarkeit maßgebender wertmäßiger Unterschied" zwischen ihnen nicht bestehe.

Die Einwände gegen die Vorsatztheorie und die Einschränkungen, die ihre Vertreter teilweise selbst gemacht haben (Rechtsfeindschaft), können hier auf sich beruhen[2]. Auf den letztlich entscheidenden Punkt wird unten in der Zusammenfassung zurückgekommen.
Hier sei nur angemerkt, daß die Verwandtschaft der Vorsatztheorie mit dem Gesetzespositivismus nicht zu übersehen ist[3]. Wenn allein der Gesetzgeber bestimmt, was Recht und was Unrecht ist, muß das Schwergewicht des Verbrechens notwendig in der Mißachtung des gesetzgeberischen Willens liegen.

Eine Abwandlung stellt die

V o r s a t z t h e o r i e II [4] dar.

Auch diese Theorie verlangt für den Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, aber im Gegensatz zur Vorsatztheorie I nicht der formellen, sondern der materiellen Rechtswidrig-

---

1) JR 52/191, 357
2) Siehe dazu Maurach 366 f.; von Hippel II 348 f.; Dohna, Aufbau 49; Hartung NJW 51/2o9 ff.; Welzel (7) 144 ff., ZStW 67/196 ff.; OGH BZ 2/13o ff.; BGH 2/2o6; Roxin 114 ff.
3) Was sich z.B. an Binding zeigt, einem ausgeprägten Positivisten (Normen I 423 - siehe dazu Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes 273 ff.), der einer der einflußreichsten Vertreter der Vorsatztheorie war und heute noch nachwirkt.
4) Bezeichnung nach Roxin 118

keit, d. h. der Sozialschädlichkeit[1].

Der Vorsatztheorie wird der Vorwurf gemacht, sie könne den entscheidenden Punkt nicht berücksichtigen, daß der höhere Unwertgehalt, der die Verhängung der Vorsatzstrafe rechtfertige, in erster Linie darin liege, daß der Täter bewußt etwas tue, was die Grenze des sozial Tragbaren überschreitet und nicht so sehr darin, daß er sich dieser Überschreitung bewußt werde. Beispielsweise könne sie einen innerlich verrohten, abgestumpften oder rücksichtslos leichtfertigen Rechtsbrecher, dem das Gewissen bei seiner Tat nicht geschlagen hat, nicht wegen vorsätzlicher Tat bestrafen.

Um diesem Vorwurf zu entgehen, haben Arthur Kaufmann[2] und Nowakowski[3] die Vorsatztheorie II dahin abgewandelt, daß innerhalb des Kriminalstrafrechts die Kenntnis sämtlicher unrechtsbegründender Merkmale, insbesondere der normativen Tatbestandselemente zur Verhängung der Vorsatzstrafe genüge. Mit dieser Kenntnis sei stets das Bewußtsein der Sozialschädlichkeit gegeben. Im Ordnungsstrafrecht sei dagegen das Bewußtsein der formellen Rechtswidrigkeit nötig, da in diesem Bereich die bloße Tatbestandskenntnis dem Täter den materiellen Unrechtsgehalt seiner Handlung nicht zum Bewußtsein bringe[4].

Die Vorsatztheorie II in der Fassung Kaufmanns und Nowakowskis teilt also folgendermaßen:
unter den Vorsatzstrafrahmen fallen alle Taten der Gruppe aa. Innerhalb der Gruppe bb wird danach differenziert, ob der Täter, dessen Rechtsauffassung von der des Gesetzgebers abweicht, gegen eine Norm des Justizstrafrechts oder eine

---

1) Liszt-Schmidt (26) 258; Radbruch, Vorschule 56; Sauer, Grundlagen 541, 595; Hegler ZStW 36/198; Köhler, Strafrecht 305, 310 f.; Wolf, Frank-Festgabe II 575; Mezger ZStW 47/476 f.; Olshausen (12) 8e vor §51; Gerland (2) 129; Frank (18) 186; Würtenberger MDR 48/271, 273;
2) Unrechtsbewußtsein 143 ff.
3) ZStW 65/379 ff.
4) ähnlich Lange JZ 57/233 ff.

ethisch farblose Vorschrift des Verwaltungsstrafrechts verstößt. Im ersten Fall Vorsatz-, im zweiten Fahrlässigkeitsstrafrahmen.
Bei einem Verstoß gegen das Verwaltungsstrafrecht gilt das oben bei der Vorsatztheorie I, insbesondere auch das hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe Gesagte.

Bei einem Verstoß gegen eine Norm des Justizstrafrechts hängt die Lösung des nRi davon ab, welche Tatbestandskonstruktion - Leitbildtatbestand oder Unrechtstatbestand - die Anhänger der Vorsatztheorie II vertreten. (Dazu gleich unten).

Allgemein darf gesagt werden, daß die Vorsatztheorie von Kaufmann und Nowakowski deshalb abzulehnen ist, weil sich eine Scheidung zwischen Justiz- und Verwaltungsstrafrecht nicht durchführen läßt. Dies zeigt § 327 StGB einerseits, § 4 UWG andererseits[1].

b) Schuldtheorie I

Die sog. eingeschränkte Schuldtheorie oder Schuldstufentheorie[2] faßt die Gruppen aa und bb als Vorsatztaten zusammen. Von Weber[3] definiert die Taten, die dem Vorsatzstrafrahmen unterfallen, folgendermaßen:

"Der Inhalt des Gewollten muß - bei objektiver Bewertung - rechtswidrig sein; ob der Täter erkennt, daß dies der Fall ist, ob seine subjektive Bewertung der Tat mit der objektiven Bewertung vom Standpunkt des geltenden Rechts übereinstimmt, ist dagegen unerheblich".

Fahrlässigkeit liegt bei den Irrtumsfällen vor, bei denen das vom Täter Gewollte mit den Geboten des Rechts

---

1) Vgl. Welzel JZ 56/238 ff.; Warda, Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen 1955; BGH 9/172;
2) Mezger NJW 53/5
3) Mezger-Festschrift 189

übereinstimmt, sich jedoch ein strafrechtlich unerwünschter Erfolg einstellt.

Diese Auffassung läßt sich, wie Hirsch[1] nachgewiesen hat, konsequent nur von der LvnT aus vertreten. Nur dann, wenn die sachlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes zum Tatbestand und zu dem darauf bezogenen Vorsatz gerechnet werden, wenn man unter Zugrundelegung des zweiteiligen Verbrechensaufbaus im Sinne Mezgers und Sauers im (Unrechts-) Tatbestand (gem. § 59) alle für die Konstituierung des Urteils "rechtswidrig" nötigen Voraussetzungen zusammenfaßt, kann man die Trennungslinie zwischen bb und cc ziehen. Wenn der Tatbestand die ratio essendi des Verbrechens ist, mithin selbst substantiell "vertyptes Unrecht" darstellt, muß folgerichtig auch jeder unrechtsausschließende Umstand den Tatbestand beseitigen. Da aber auch die Rechtfertigungsgründe solche unrechtsausschließenden Umstände sind, haben sie die Wirkung "negativer Tatbestandsmerkmale" mit der Folge, daß auch sie der Regel von § 59 unterworfen werden können: der Vorsatz wird nicht nur durch die Kenntnis eines "echten" objektiven Tatbestandsmerkmals, sondern auch durch die irrtümliche Annahme eines in Wahrheit nicht vorhandenen negativen Tatbestandsmerkmals ausgeschlossen[2].

Die Schuldtheorie I, die dem vorsatzausschließenden Irrtum des § 59 neben dem Irrtum über Merkmale des "Leitbildtatbestandes" auch denjenigen über einen Rechtfertigungssachverhalt unterstellt, ist in der Rechtssprechung herrschend[3] sie dürfte auch im Schrifttum überwiegen[4].

---

1) vor allem 18 ff.
2) Maurach 37o, 371
3) Grundsätzlich BGH 3/1o5; aber auch OGH BZ 2/327; BGH 2/211, 3/12, 3/194 (196), 3/272 (274); NJW 54/48o; (5 StR 134/54 v. 18.5.54)
4) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit 1o f., Mezger-Festschrift 133, ZStW 7o/566 ff., 583 ff.; von Weber JZ 51/26o ff.; Schaffstein MDR 51/196 ff.; Busch, Mezger-Festschrift 165 ff.; Kohlrausch-Lange §59V; Roxin 121 fr., 173 ff.

c) Die S c h u l d t h e o r i e II [1]

Diese häufig[2] "strenge Schuldtheorie" genannte Auffassung dehnt den Kreis der unter den Vorsatzstrafrahmen fallenden Taten am weitesten aus. Sie scheidet die vorsätzlichen von den fahrlässigen Straftaten nicht danach, ob der Täter etwas bei objektiver Bewertung Rechtswidriges will, sondern danach, ob der Täter die Umstände kennt, die seine Handlung zu einer rechtlich erheblichen, aus den sozialen Ordnungen herausfallenden Tat machen. Ihre Vertreter[3] rechnen alle Taten der Gruppen aa und bb zu den Vorsatztaten. Innerhalb der Gruppe cc differenzieren sie:
Aus der Vielzahl der Umstände, die in ihrer Gesamtheit das Unrecht bestimmen, nehmen sie einige heraus, die zwar das Unrecht allein nicht umgrenzen können, die aber immerhin "aus der unübersehbaren Fülle menschlichen Verhaltens diejenigen Vollzüge" hervortreten lassen, "welche strafrechtlich erheblich und der Bewertung als rechtmäßig oder rechtswidrig unterliegen".[4]
"Diejenigen Handlungen ..., die aus den Ordnungen des sozialen Lebens in unerträglicher Weise herausfallen und die ihrerseits nur in extremen Situationen gerechtfertigt werden können"[5], unterfallen dem Vorsatzstrafrahmen, gleichgültig, ob das vom Täter Gewollte bei objektiver Betrachtung mit den Normen des Rechts in Einklang steht.
Begründet wird die Ausdehnung der Gruppe der vorsätzlichen Taten folgendermaßen:

---

1) Nicht zu verwechseln mit der "Schuldtheorie II" Mezgers in NJW 53/5, womit Mezger die hier als Schuldtheorie I bezeichnete Lehre meint
2) vgl. Maurach 369
3) Maurach 369 ff.; Welzel JZ 52/596 ff.; Niese DRiZ 52/21 ff.; Armin Kaufmann JZ 55/37 ff.; Eberhard Schmidt SJZ 50/327 ff.; Hartung NJW 51/209 ff.; Bockelmann NJW 50/830 ff.; Warda JR 50/549; Dohna, Aufbau 50 f.
4) Welzel ZStW 67/211 A.30
5) Welzel, Neues Bild (2) 54 A.1

"Wer ... die Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes, in denen das Gesetz die aus den Ordnungen des Soziallebens herausfallenden Handlungen umschreibt, b e w u ß t verwirklicht, muß aus dieser Wissenschaft doppelten Anlaß zur Prüfung schöpfen, ob er ausnahmsweise berechtigt ist, die Handlung dennoch vorzunehmen[1]. Wer sich also beispielsweise bei der Notwehr anschickt, jemanden zu verletzen, muß sich sagen: "was du tun willst, bewegt sich nicht im Rahmen des sozial Üblichen; darum prüfe genau, ob du dazu berechtigt bist". Unterläßt er diese Prüfung, so unterfällt seine Tat, wenn sie unberechtigt war, dem Vorsatzstrafrahmen. Der geringere Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft nur den, der etwas sozial Übliches tut, in dessen Gefolge sich ein strafrechtlich erheblicher Erfolg einstellt[2].

Die Trennungslinie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit verläuft also innerhalb der Gruppe cc folgendermaßen:

a') Der Täter will etwas objektiv Rechtmäßiges, kennt aber immerhin die Umstände, welche die rechtliche Relevanz seiner Tat begründen - Vorsatz.

b') Der Täter will etwas objektiv Rechtmäßiges und kennt auch nicht die Umstände, die seine Handlung rechtserheblich werden lassen - Fahrlässigkeit.

Die Erweiterung des Kreises der Vorsatztaten, das Eingliedern des Unrechtsbewußtseins in die Schuld hat zur Folge, daß der Kreis derjenigen Umstände, die unter den (Irrtums-) Tatbestandsbegriff des § 59 fallen, auf die Merkmale des "Leitbildtatbestandes" beschränkt werden. Alle Irrtümer über einen Rechtfertigungsgrund, ob sie nun den Rechtfertigungssachverhalt oder die Rechtswidrigkeit als solche betreffen, scheiden aus dem "Herrschaftsgebiet" des § 59 aus und unterfallen dem Verbotsirrtum.

In dem kurzen, notwendig fragmentarischen Überblick über die

---

1) Welzel MDR 52/589 unter Berufung auf Binding, Normen IV 2c
2) Vgl. dazu, insbesondere auch zu den Einwänden gegen die strenge Schuldtheorie, Roxin 122 ff.

Standpunkte in der Behandlung des "positiven Rechtfertigungsirrtums" wurde bisher (mit Ausnahme bei der Vorsatztheorie II) weder für noch gegen eine der Auffassungen Stellung genommen. Der eigene Standpunkt wird unter E noch dargelegt. Hier sei nur soviel gesagt:

Der Streit geht hin und her, ohne daß die Vertreter der einen Auffassung hoffen können, die anderen von ihrer Ansicht zu überzeugen. Der Grund dafür liegt im Wesen der Rechtswissenschaft. Sie ist keine exakte Wissenschaft im Sinne der Naturwissenschaft, in der grundsätzlich (von einigen Ausnahmen im Atombereich abgesehen) nur eine Erkenntnis zu einem bestimmten Problem richtig ist.

Die Jurisprudenz wurzelt als Geisteswissenschaft letzlich in Wertvorstellungen, die nicht bewiesen, sondern nur entweder angenommen oder verworfen werden können. Prüft man die Theorien an Sinn und Aufgabe des Rechts - Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit -, genügen die Vorsatztheorie I und die Schuldtheorie I, II mehr oder minder vollkommen den Anforderungen der Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit. Die Vorsatztheorie kommt immer zu glatten Ergebnissen. Die Schuldtheorie I hat vor allem beim Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt mit Schwierigkeiten zu kämpfen[1], die Schuldtheorie II bei der Frage der Sozialüblichkeit. Im Großen und Ganzen aber sind die Grenzlinien fest und praktizierbar[2].

Welche der Theorien aber nun die gerechteste ist, ist wohl nicht zu beantworten. Die formale Idee der Gerechtigkeit[3] - Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln - gibt keinen Maßstab, mit dem man eine inhaltliche Bestimmung des Gleichen und Ungleichen treffen könnte.

---

1) Engisch ZStW 7o/583 ff.
2) Die Vorsatztheorie II in der Fassung von Nowakowski und Arthur Kaufmann scheitert an der Unmöglichkeit, die für sie entscheidende Grenze zwischen Justiz- und Ordnungsstrafrecht exakt zu ziehen.
3) Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie 26

Die Vertreter aller Theorien berufen sich darauf, daß gerade ihre Theorie im Gegensatz zu den anderen d i e gerechte sei und allein gerechte Ergebnisse liefere[1]. Mit Hilfe der Jurisprudenz allein läßt sich keine endgültige Entscheidung für eine der Theorien fällen.

III. Fälle des Irrtums

Im letzten Teil der Vorarbeiten zur Behandlung des negativen Rechtfertigungsirrtums vom Standpunkt der subjektiven Verbrechensauffassung aus ist noch kurz auf die vier gesetzlich geregelten bzw. anerkannten Irrtumsfälle[2] - den Tatbestandsirrtum, den Versuch, den Verbotsirrtum und das Wahnverbrechen einzugehen.

1. Gesetzlich geregelt sind

a) Der Tatbestandsirrtum[3] in § 59:

"Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kennt, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen".

Über den Umfang des Tatbestandes im Sinne des § 59 siehe oben (II 5 Seite 36 ff.). Er wird von den verschiedenen Theorien verschieden weit gefaßt.
§ 59 bezieht sich auf den objektiven Teil des Tatbestandes, und zwar auf deskriptive wie normative Merkmale.

---

1) Vgl. die anschauliche Darstellung bei Roxin 112 ff.
2) Dabei wird der Begriff des "Irrtums" sowohl für das Fehlen der richtigen Vorstellung als auch für die fälschliche Annahme von Umständen verwendet. Dies ist zwar nicht ganz unbedenklich, hat sich aber eingebürgert.
3) Vgl. Maurach 218 ff. mit Literatur; zur Situation im Ausland Lang-Hinrichsen, Materialien 2. Bd. I 413 ff.

Gegenstand des Tatbestandsirrtums kann nur sein, was zum objektiven Tatbestand gehört.

Soweit der Irrtum über Merkmale des objektiven Tatbestandes reicht, entfällt der Vorsatz und mit ihm der konkrete Gesamttatbestand des vorsätzlichen Verbrechens. Seine tatbestandsvernichtende Wirkung tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der Irrtum vermeidbar war, oder nicht. Auch die gröbste Fahrlässigkeit kann den fehlenden Vorsatz nicht ersetzen.

Enthält der verbleibende objektive Tatbestandsteil der entfallenden Vorsatztat den Tatbestand eines entsprechend fahrlässig begehbaren Delikts, z.B. bei Tötung, Körperverletzung, Brandstiftung etc., ist der Täter wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn ihm der Irrtum zum Vorwurf gemacht werden kann - § 59 II. War er unvermeidbar, ist der Täter straflos.

b) Der Versuch[1)]

§ 43 bestimmt: "Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen ..."

Der objektive Tatbestandsteil darf gem. § 43 nicht vollständig erfüllt sein, während die subjektive Seite voll gegeben sein muß. Charakteristisch für den Versuch ist der objektiv nicht verwirklichte Vollendungswille; er ist ein Tatbestandsmangel, der objektive Tatbestand ist lückenhaft, defekt. Der Versuch ist Verbrechensfragment[2)].

---

1) Vgl. Maurach 392 ff. Zur internationalen Situation der Versuchsproblematik Eberhard Franzius: Versuch und Vorbereitungshandlungen, Materialien 2.Bd. Rechtsvergleichende Arbeiten I S.309 ff.
2) Jagusch LK (7) 182

Der Täter nimmt irrig einen Sachverhalt an, der den objektiven Tatbestand erfüllen würde, wenn er wirklich gegeben wäre.

"Entschluß" gem. § 43 ist identisch mit "Vorsatz". Was mindestens zum Vorsatz gehört, sagt in negativer Form § 59. Wenn dort ausgesprochen ist, daß dem Täter die Umstände nicht anzurechnen sind, die er nicht kannte, so heißt das positiv, daß der Täter mindestens die gesetzlichen Tatumstände kennen muß, um vorsätzlich zu handeln[1].

Wenn Entschluß in § 43 gleich dem Vorsatz ist, so gehört zu diesem Entschluß, daß der Täter sich die gesetzlichen Tatumstände eines gesetzlichen Tatbestandes vorstellt. Aber auch immer, wenn der Täter in Vorstellung der Tatumstände eines Straftatbestandes handelt, liegt Vorsatz oder "Entschluß" im Sinne des § 43 vor[2].

Der Versuch wird häufig als ein Irrtum zu Ungunsten des Täters, als eine Umkehrung der in § 59 enthaltenen Regeln bezeichnet: ebenso wie tatsächlich vorhandene Tatbestandsmerkmale, die der Täter nicht gekannt hat, ihm nicht zum Vorsatz zugerechnet werden können, müssen in Wirklichkeit fehlende Tatbestandsmerkmale, die der Täter irrig annahm, ihm zum Nachteil angerechnet werden[3]. Anders ausgedrückt: ein Irrtum, der in einem Fall dem Täter als Tatbestandsirrtum gem. § 59 zugute kommt (positiver Irrtum), belastet ihn im umgekehrten Fall (negativer Irrtum) und ist als Versuch zu betrachten.

Die Vertreter der subjektiven Verbrechens- und damit Versuchsauffassung sehen den Strafgrund des Versuchs nicht in erster Linie in der Gefährdung eines konkreten Rechtsguts wie die in A behandelte objektive Auffassung, sondern in

---

1) Von dem emotionalen Element, dem "Wollen" soll hier nicht gesprochen werden
2) Das Problem, ob zum Vorsatz auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich ist, wird hier ausgeklammert.
3) Maurach 393, 394 - siehe dazu unten S.51 ff.

der Rechtsfeindschaft des Täters, im Normenungehorsam, in der Gefährlichkeit des Täters für den Rechtsfrieden. Der betätigte böse Wille des Täters richtet sich auf einen Erfolg, der vom objektiven Strafrecht poenalisiert ist. Aus dieser Grundeinstellung heraus wird der untaugliche Versuch für strafbar erklärt, teils nur bei Untauglichkeit des Mittels und des Objekts, teils auch bei Untauglichkeit des Subjekts[1].

Keine gesetzliche Regelung haben die beiden anderen Irrtumsarten gefunden, der Verbotsirrtum und das Wahnverbrechen. Sie sind von der Lehre entwickelt worden und als Institutionen fast allgemein anerkannt. Über ihren Umfang allerdings gehen die Meinungen auseinander.

a) Der Verbotsirrtum[2]

Er ist die zweite Form des positiven Irrtums, d. h. eines Irrtums, bei dem das Vorstellungsbild des Täters gegenüber der Realität ein zu wenig aufweist. Der Täter nimmt also eine ihm gegenüber dieser Realität günstigere Lage an.
Dieser "Irrtum zu Gunsten" bezieht sich auf die für die zweite Verbrechensstufe (nach der Tatbestandsmäßigkeit) maßgebenden Umstände, auf die Rechtswidrigkeit.

Für die Vertreter der reinen Vorsatztheorie spielt die Unterscheidung keine Rolle, da für sie jeder Irrtum, der dem Täter die Rechtswidrigkeit seines Tuns nicht hat erkennen lassen, beachtlich ist und über § 59 den Vorsatz und damit Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat

---

1) Vgl. Maurach 4o7 ff.; Bruns, Der untaugliche Täter im Strafrecht. Gegen die subjektive Versuchsauffassung vgl. u.a. die Ausführungen v. Stackelbergs, Niederschriften II 182 ff. sowie Rittler 253 ff. mit Lit.
2) Vgl. Maurach 375 ff., Schönke-Schröder §59 V 2, 5 ff. Zur Situation im Ausland Lang-Hinrichsen, Materialien 2.Bd. I 419 ff.

ausschließt.

Von den Vertretern der Schuldtheorien wird die Trennung der beiden Irrtumsarten scharf durchgeführt[1]. Die Trennungslinie wird allerdings verschieden gezogen.

Auch für diejenigen Vertreter der Vorsatztheorie, die ihre Grundposition durch die Figuren der Rechtsfeinschaft oder Rechtsblindheit einschränken, ist die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum von Bedeutung. Denn nur beim Verbotsirrtum kommt die Rechtsblindheit zum Tragen.

Fehlt dem Täter das Unrechtsbewußtsein aus anderen Gründen als aus mangelnder Kenntnis eines Tatumstandes im Sinne von § 59, liegt ein Verbotsirrtum vor.
Unbestritten umfaßt er die Fälle der fehlenden Kenntnis der Verbotsnorm, des Irrtums über die Gültigkeit dieser Norm[2] und der irrtümlichen Annahme von rechtlich nicht anerkannten Rechtfertigungsgründen. Die strenge Schuldtheorie zählt - entsprechend ihrer Tatbestandsauffassung - auch den Fall der irrtümlichen Annahme der tatbestandlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes zum Verbotsirrtum. Die eingeschränkte Schuldtheorie stellt dagegen diesen Fall in seinen Wirkungen dem Tatbestandsirrtum gleich bzw. behandelt ihn als Tatbestandsirrtum, da nach ihrer Auffassung die Merkmale eines Rechtfertigungssachverhalts als negative Tatbestandsmerkmale zum Tatbestand gehören, folglich auch der Regelung des § 59 unterfallen[3].

---

1) Zu den Einwänden gegen die Unterscheidung von Tatbestands- und Verbotsirrtum vgl. Schönke-Schröder §59 V 7
2) BGH 4/3, Welzel (7) 154
3) Über die Sonderbehandlung derjenigen Rechtfertigungsgründe durch die höchstrichterliche Rechtsprechung, die eine besondere Sorgfalts- und Erkundigungspflicht enthalten sollen, siehe Schönke-Schröder §59 V 3 mit Lit.. Gegen die Annahme der Prüfungspflicht als subjektives Rechtfertigungselement siehe Lackner, Niederschriften AII 187 f.. Verschiedentlich wird auch der Fall als Verbotsirrtum betrachtet, wenn der Täter irrtümlich die Voraussetzungen annimmt, die für ihn einen Entschuldigungsgrund ergeben würden - Maurach 382 f., Welzel (7) 164 f.; dagegen Arthur Kaufmann JZ

Vorwerfbar und damit als vorsätzlich strafbar ist eine im Verbotsirrtum begangene Handlung dann, wenn der Täter die gehörige Anspannung seines Gewissens unterlassen und dadurch versäumt hat, das Unrechtmäßige seines Handelns einzusehen[1]. Der Täter hat alle intellektuellen Erkenntnismittel einzusetzen, um sich ein Urteil über das Verbot zu bilden. Er hat notfalls sein Verhalten entgegen der eigenen Überzeugung nach den Wertvorstellungen seiner Umwelt einzurichten (auch der politische Überzeugungstäter)[2].

War der Verbotsirrtum danach vermeidbar, kann die Strafe nach Versuchsgrundsätzen[3] gemildert werden. War er unvermeidbar, entfällt die Schuld, der Täter ist freizusprechen.

Der Tatbestandsirrtum hat in der Regel einen sekundären Verbotsirrtum zur Folge[4], er ist an sich auch ein Fall des Irrtums über die Rechtswidrigkeit.
Bei jedem Irrtum, der dem Täter das Unrecht seiner Tat nicht hat zum Bewußtsein kommen lassen, ist daher zu fragen, welchen Umständen dieser Mangel zuzuschreiben ist:
Beruht er auf der Unkenntnis von Tatumständen im Sinne § 59, greift dessen starre Regelung, der Vorsatzausschluß, ein. Fehlt das Bewußtsein, gegen die vom Staat aufgestellte Ordnung zu handeln[5], aus anderen Gründen, liegt ein Verbotsirrtum vor. Es ist dann zu fragen, ob er vermeidbar oder unvermeidbar war. Der Tatbestandsirrtum hat gegenüber dem Verbotsirrtum den Vorrang, da er gesetzlich geregelt und dem Täter günstiger ist.

56/353; auch Schönke-Schröder §59 VII 6, wonach der Schuldvorwurf entfallen soll, was sich aus dem Wesen des Schuldvorwurfs ergebe.

1) BGH 2/2o1, dagegen Schönke-Schröder 355
2) BGH 4/5
3) BGH 2/21o unter Berücksichtigung von §51 II
4) Dreher, Niederschriften II 28
5) Rittler 2oo; Schönke-Schröder §59 VI: Bewußtsein, das Handeln oder Unterlassen widerspreche dem Wohl der Allgemeinheit, den Normen, die für das Zusammenleben unentbehrlich sind (OLG Kiel SchlHA 1948/146; OLG Tübingen NJW 49/957 mit Anm. Hartung)

b) Das Wahndelikt[1)]

Das Wahndelikt, die zweite Ausprägung des "Irrtums zu Ungunsten" des Täters, ist nach allgemeiner Meinung straflos[2)].

Beim Versuch richtet sich der Wille des Täters auf die Verwirklichung eines Sachverhalts, der in einem Straftatbestand erfaßt ist. Der Wille ist auf eine strafbare Handlung gerichtet.

Beim Wahndelikt dagegen will der Täter etwas verwirklichen, was keinem gesetzlichen Verbot widerstreitet und mißt diesem Verhalten zu Unrecht strafrechtliche Folgen bei. Er weiß genau, was er tut, hält sein Tun aber irrig für rechtswidrig oder sogar für strafbar[3)4)].

Die heute im Vordergrund stehende Streitfrage über die Grenzziehung zwischen untauglichem Versuch und Wahnverbrechen - ob der "Versuch des untauglichen Subjekts" Versuch oder Wahndelikt ist - ist für die Arbeit nicht unmittelbar von Bedeutung. Aus der Definition von Versuch und Wahnverbrechen ergibt sich, daß nach der hier vertretenen Meinung auch der "Versuch des untauglichen Subjekts" einen Versuch darstellt. Es wird rein subjektiv nach dem Vorstellungsbild des Täters abgegrenzt, ob der Täter mit deliktischen oder nichtdeliktischem Willen handelt[5)].

Die Straflosigkeit des Wahndelikts wird vor allem damit

---

1) RG 42/92, 47/154,190, 55/142, 56/318, 64/238, 66/126; BGH 8/268; Maurach 407 f.; Wegner 228; Kempis; Bockelmann, Niederschriften II 178 f.; Engisch, Unrechtstatbestand 434
2) Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen 165
3) Kempis 3; anders anscheinend Maurach 407, 408, der das Wahndelikt auf einen Irrtum über die Strafdrohung des Gesetzes, also die Strafbarkeit beschränkt. Dagegen spricht er S.219 auch davon, daß der Täter beim Wahndelikt zu Unrecht glaube, ein in Wirklichkeit nicht verbotenes Tun sei von der Norm untersagt (und stehe unter Strafdrohung), d.h. der Täter halte sein Tun zu Unrecht für rechtswidrig (vgl. die Ausführungen Maurachs zum Wesen der Norm 174 ff.).
4) Zum Begriff des Wahnverbrechens in der Literatur Kempis 8
5) zur Problematik Maurach 407 ff.; Bruns, Der untaugliche Täter im Strafrecht

begründet, daß sich der Täter, trotz manifestierten Auflehnungswillens, innerhalb der Rechtsordnung gehalten habe. Sein Verhalten sei nicht einmal abstrakt gefährlich[1]. Die irrtümliche Annahme des Handelnden, gegen das Recht zu verstoßen, mache das nicht rechtswidrige Verhalten nicht zum rechtswidrigen[2].

IV. Der negative Rechtfertigungsirrtum

Nach diesen Vorarbeiten kann versucht werden, das Problem des nRi vom Standpunkt der subjektiven Verbrechensauffassung aus zu lösen.

Unter Beachtung der grundsätzlichen Stellungnahme zum Wesen des Verbrechens, der Verlagerung des Schwerpunktes von der Tat auf den Täter, von der realen Rechtsgutsverletzung auf die manifestierte Rechtsfeindschaft ist offensichtlich, daß der im nRi handelnde Täter strafwürdig ist und daher strafbar sein muß.

Wie bereits oben (II 1 a) S.25) ausgeführt, wird mit Hilfe des Umkehrverhältnisses, das sowohl zwischen Tatbestandsirrtum und Versuch als auch zwischen Verbotsirrtum und Wahnverbrechen besteht, versucht, zu klaren Ergebnissen zu kommen.

1.

a) Das reziproke Verhältnis von Tatbestandsirrtum und Versuch wird überwiegend anerkannt. In Rechtsprechung[3]

---

1) Maurach 1o8. Ob dies vom Standpunkt der subjektiven Versuchstheorie aus allerdings logisch haltbar ist, ist zweifelhaft. Die sich offenbarende allgemeine Gefährlichkeit des Täters kann beim Wahnverbrechen erheblich größer sein als beim Versuch

2) Rittler 118/119

3) RG 42/92 (94), 47/189 (19o f.), 55/142, 56/318, 64/13o (1

und Literatur[1)] wird darauf Bezug genommen.

Was bedeutet es nun genau genommen, wenn Maurach beispielsweise schreibt: "Mit Recht wird der Versuch daher als ein Irrtum zu Ungunsten des Täters, als eine Umkehrung der in § 59 Abs. 1 enthaltenen Regeln bezeichnet: ebenso wie tatsächlich vorhandene Tatbestandsmerkmale, die der Täter nicht gekannt hat, ihm nicht zum Vorsatz zugerechnet werden können, müssen in Wirklichkeit fehlende Tatbestandsmerkmale, die der Täter irrig annahm, ihm zum Nachteil angerechnet werden"?

Das besagt, daß jeder positive Irrtum, der dem Täter über § 59 zugute kommt, ihm im umgekehrten Fall schadet. Jede einem Tatbestandsirrtum entsprechende negative Fehlvorstellung ist als Versuch zu betrachten.

Aber es liegt auch n u r dann Versuch vor, wenn der gleiche Irrtum, der zum Versuch führt, im umgekehrten Fall (in der positiven Erscheinungsform) ein Tatbestandsirrtum wäre. Bildlich gesprochen regeln die Rechtsfiguren des Tatbestandsirrtums und des Versuchs den gleichen "Block" von Irrtumsfällen, nämlich diejenigen, die sich auf Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes im Sinne von § 59 beziehen.
Die Figuren des Tatbestandsirrtums und des Versuchs sind Spiegelbilder, die sich in ihrem Umfang decken. Weder fallen unter § 59 Irrtümer, die im umgekehrten Fall nicht auch unter § 43 fallen würden, noch gibt es Versuchsfälle, die im umgekehrten Fall keine Entsprechung als Tatbestandsirrtum hätten.

66/126, 72/1o9 (112); Der Sache nach jetzt ebenso BGH 1/13 (15), 2/74 (76), 3/253, 4/254

1) Kohlrausch-Lange (43) 149; Maurach 393/94; Wegner 22o; Bockelmann JZ 54/47o; Welzel (7) 172; Bruns, Der untaugliche Täter im Strafrecht 6, 13 ff.; Schüler StrAbh. 181/49, 5o, 97; Arthur Kaufmann JZ 54/653 A.4; Kempis 18, 19, passim; Hirsch 253; Roxin 158; Dreher in Dreher-Lackner-Schwalm, WStG §22 II (189)

Es fehlen allerdings auch nicht gewichtige Stimmen, die sich gegen dieses Umkehrverhältnis ausgesprochen haben. U. a. lehnen es von Hippel[1], Lobe[2], Liszt-Schmid[3], Dohna[4], M.E. Mayer[5], Sauer[6] und Frank[7] ab. In ZStW 69/441 ff. hat Spendel das Problem vom logischen Standpunkt aus untersucht.

Zunächst ist zuzugeben: Spendel hat recht mit seiner Feststellung, daß mit dem "Umkehrschluß" die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs logisch nicht b e g r ü n d e t werden kann.

Die subjektive Theorie stützt sich jedoch nicht in erster Linie auf dieses Argument. Sie sieht den Strafgrund des untauglichen Versuchs vielmehr im Abfall von den rechtlichen Gesinnungswerten. Der Täter ist strafbar, weil für die Rechtsordnung ernstlich gefährlich (und damit strafbar) schon der Wille ist, der mit seiner Betätigung unmittelbar zur Verbrechensverwirklichung anzusetzen glaubt[8].

Der Umkehrschluß dient nicht so sehr zur Begründung der Strafbarkeit, sondern wird zur A b g r e n z u n g des (strafbaren) untauglichen Versuchs vom (straflosen) Wahnverbrechen verwendet[9]. Mit diesem - hier allein interessierenden - Aspekt beschäftigt sich Spendel nicht, auf ihn treffen seine ganzen Einwendungen nicht zu.

Im übrigen ergeben sich die ablehnenden Stellungnahmen aus den Grundpositionen der zitierten Autoren.
Von Hippel und Spendel[10] können als Vertreter der objektiven Verbrechens- und damit Versuchsauffassung die Ergebnisse der subjektiven Versuchstheorie nicht akzeptieren. Für sie sind Fälle, in denen die "Subjektivisten" auf das Umkehrverhältnis zurückgreifen, normalerweise keine straf-

---

1) II 422 A.2
2) LK (5) §43 A.11 b
3) (26) 299 A.4
4) Aufbau 56
5) 346 A.6
6) Allg. Strafrechtslehre 109
7) §43 I
8) Welzel (7) 171
9) Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen 156 f.; Kohlrausch-Lange V vor §43
10) ZStW 65/519

baren Versuchsfälle, sondern straflos, da es in aller Regel an einer Rechtsgutsgefährdung fehlt.
Als "Objektivisten" scheiden sie mit ihren Argumenten in diesem der subjektiven Verbrechensauffassung gewidmeten Teil der Untersuchung aus. Ihr Standpunkt wurde bereits in Teil A behandelt.

Die Ablehnung von Dohna, M.E. Mayer, Liszt-Schmidt, Lobe, Frank und Sauer beruht hauptsächlich auf einem anderen Grund. Als Anhänger der Lehre vom Mangel am Tatbestand (MaT)[1] vertreten sie eine von der üblichen Definition abweichende Versuchsauffassung. Nach ihrer Ansicht liegt Versuch nur dann vor, wenn der Erfolg, das für die Vollendung des Verbrechens erforderliche Schlußstück, fehlt. Fehlt dagegen (auch) ein tatbestandsbegründendes Merkmal, so liegt überhaupt keine tatbestandsmäßige Handlung und damit kein Versuch vor. Damit scheiden vor allem die Fälle des untauglichen Subjekts und die des untauglichen Objekts aus dem Versuchsbegriff aus. Beim Versuch irre der Täter über ein Künftiges, über die Kausalität seines Verhaltens, beim Mangel am Tatbestand dagegen über ein Gegenwärtiges, über einen Umstand, der im Zeitpunkt seines Handelns bereits vorliegt, nicht erst durch dieses hervorgerufen werden soll[2].

Auf Grund ihrer Versuchsdefinition scheidet die Lehre vom MaT einen großen Teil der Fälle aus, die von der übrigen subjektiven Theorie als Versuch klassifiziert werden.

Sie kann deshalb dem Umkehrschluß, vor allem in der vom RG gebrauchten Form, nicht zustimmen. Die Umkehrung der Regeln des § 59 und ihre Anwendung auf den Versuch verstößt nach Ansicht der Lehre vom MaT gegen den Wortlaut des § 43 und stellt eine Analogie zu Ungunsten des Täters dar, ist al-

---

1) Dohna, Aufbau (3) 56; M.E. Mayer 345, 354, 364; Liszt-Schmidt (26) 31o ff.; Lobe LK (5) §43 A.11; Frank §43 I; Sauer, Allg. Strafrechtslehre 1o8 ff.. Es können auch beide Gründe zusammentreffen, d.h. die Ergebnisse des Umkehrschlusses können sowohl wegen einer objektiven Versuchsauffassung als auch wegen der Lehre vom MaT abgelehnt werden, wie z.B. bei Lobe
2) Rittler 256/257

so gem. § 2 StGB, Art. 1o3 II GG unzulässig[1].

Diese Lehre hat sich nicht durchsetzen können[2], vor allem aus dogmatischen Gründen.
Der Tatbestand ist ein gesetzlich geschmiedeter Ring des Unrechts, aus dem einzelne Teilstücke nicht herausgebrochen werden können. Es geht nicht an, zwischen den verschiedenen Merkmalen des Tatbestands zu unterscheiden. Für die Vollendung des Delikts sind sie alle gleich wichtig[3]. Der Versuch, mit Hilfe der Auslegung des Gesetzestextes die strafwürdigen von den nicht strafwürdigen Fällen zu scheiden, führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Er ist ohne Anklang geblieben und von der Entwicklung überholt. Die Argumente dieser Lehre können daher unberücksichtigt bleiben.
Für die weitere Untersuchung vom Boden der subjektiven Verbrechensauffassung aus kann der Umkehrschluß ohne Bedenken (zur Grenzziehung zwischen Versuch und Wahndelikt) verwendet werden[4].

b) Auf dieser Grundlage ergeben sich für die Vorsatztheorien und für die Schuldtheorie I saubere Lösungen.

aa) Vorsatztheorien

Für deren Vertreter ist jeder positive Irrtum, der auf das Bewußtsein des Täters von der Rechtswidrigkeit seines Tuns Einfluß haben kann, als Tatbestandsirrtum gem. § 59 zu behandeln (siehe oben S.39).

Jeder umgekehrte Irrtum, also auch der negative Rechtfertigungsirrtum, ist daher wegen des Umkehrverhältnisses als Versuch anzusehen.

Klar und folgerichtig vertreten Schröder[5] und -

---

1) Literatur bei Rittler 256 A.2, Liszt-Schmidt (26) 311 ff.
2) Maurach 4o4
3) Bockelmann, Niederschriften II 174
4) Kohlrausch-Lange V vor §43
5) Schönke-Schröder (1o) §43 III 7, IV vor §51

trotz seines modifizierten Ausgangspunktes[1] - Arthur Kaufmann[2] diese Lösung für alle Rechtfertigungsgründe. Aus den Stellungnahmen von Sauer[3], Frank[4] und Nagler[5] zur Einwilligung kann geschlossen werden, daß sie mit dem Ergebnis des Textes übereinstimmen. Das gleiche gilt für Olshausen[6] und Gerland[7].
Binding[8], Hellmuth Mayer[9] und Würtenberger[10] wollen dagegen wegen vollendeter vorsätzlicher Tat strafen.
Mezger[11] verlangt bei einzelnen Rechtfertigungsgründen die Kenntnis ihres Vorliegens und ihre Inanspruchnahme. Fehlt das subjektive Element, so soll Bestrafung wegen vollendeten Delikts eintreten. In den übrigen Fällen, in denen seiner Ansicht nach kein subjektives Element erforderlich ist, soll Versuch vorliegen[12]
Schmidt[13] verlangt ebenfalls nur teilweise ein subjektives Rechtfertigungselement, er zieht die gleichen Folgerungen wie Mezger (teils Versuch, teils Vollendung)[14]

---

1) Vgl. oben S.41
2) JZ 54/653 A.4
3) Allg. Strafrechtslehre (3) 137 - Seine Ablehnung des Umkehrverhältnisses hat auf die Behandlung des nRi also keinen Einfluß. Dies ist deshalb erstaunlich, weil bei Zugrundelegung der Lehre vom MaT eher eine Untauglichkeit des Objekts (siehe dazu die Erörterungen bei der strengen Schuldtheorie - unten S.67 f.) als des Mittels gegeben ist, also strafloser Mangel am Tatbestand angenommen werden müßte. Dies ist ein zusätzliches Argument gegen die Lehre vom MaT, da sie in Grenzfällen auf große Schwierigkeiten stößt.
4) (18) Nachtrag von E. Schäfer u. Hans v. Dohnanyi (1936) 45
5) LK (6) 373
6) (11) §59 A.24b, §53 A.13
7) Vergleichende Darstellung 506
8) Normen II 611 f.
9) Strafrecht AT (53) 180, auch 164, 167. Als Verteidiger der Lehre des RG mit der Scheidung vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum kann er allerdings nur bedingt hierher gerechnet werden
10) DRZ 48/292
11) StB (9) 122, 114, 118
12) LK (8) 336
13) Liszt-Schmidt (26) 198, 207, 272
14) Wie die Stellungnahmen von Liszt-Schmidt und Mezger mit deren stark objektiv betonten Versuchsdefinitionen (Liszt-Schmidt §44, 45, Mezger StB §§76, 79) in Einklang

Auch Oehler[1] und Baumann[2] differenzieren die einzelnen Unrechtsausschließungsgründe[3].

Inwieweit bei einzelnen Vertretern der Vorsatztheorie, insbesondere bei Mezger und Hellmuth Mayer, die "Rechtsfeindschaft", die beim positiven Irrtum eine Rolle spielt, auf die Stellungnahme zum nRi Einfluß hat, war nicht feststellbar.

bb) Die Schuldtheorie I

Für die Vertreter der eingeschränkten Schuldtheorie ergibt sich auf Grund des Umkehrverhältnisses ebenfalls eine klare Lösung, die auch durchwegs angenommen wird.

Da der positive Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt für sie einen Tatbestandsirrtum gem. § 59 darstellt, unterliegt der im nRi handelnde Täter einem umgekehrten Tatbestandsirrtum, ist also wegen Versuchs strafbar. Engisch[4], von Weber[5], Schaffstein[6], Lange[7] und Roxin[8] vertreten diese Auffassung.

Vorsatz- und eingeschränkte Schuldtheorie kommen also zur Strafbarkeit wegen Versuchs[9].

---

zu bringen sind, bleibt im Dunkeln. Eher wäre anzunehmen gewesen, daß sie sich in den Fällen für Straflosigkeit entscheiden würden, in denen sie kein subjektives Element fordern.
Mezger vertritt die Vorsatztheorie von der LvnT aus (vgl. oben S.32). Seine Tatbestandsauffassung würde es nahelegen, den nRi durchwegs als Versuch zu strafen - vgl. bei der Schuldtheorie I

1) Das objektive Zweckmoment 175, 176, 165 ff.; vgl. oben S.38 A.3
2) 231 ff.
3) Ob es möglich ist, eine im nRi begangene Tat als vollendetes Delikt zu bestrafen, wird bei der strengen Schuldtheorie behandelt - unten S.65 ff. (75)
4) Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation 1328
5) JZ 51/263
6) MDR 51/199
7) Kohlrausch-Lange 149
8) 161
9) Zur abweichenden Stellungnahme von Binding, Dohna, Baumann, H. Mayer, Würtenberger, Mezger und Liszt-Schmidt, die (teilweise) Vollendung annehmen vgl. unten S.75 A.1

Wegen der großen Ähnlichkeit des nRi mit dem "Normalfall" des untauglichen Versuchs erscheint dies auch angemessen[1]. In beiden Fällen richtet sich der Wille des Täters auf einen rechtswidrigen Erfolg, die Tat kann jedoch nicht zum vollendeten Delikt gedeihen. Im "Normalfall" ist dies wegen Fehlens der objektiven Voraussetzungen des Delikts unmöglich[2], beim nRi deshalb, weil die Tat objektiv in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung geschieht. Dem Täter kann lediglich sein Unrechtswille, seine Auflehnung gegen die rechtlichen Gesinnungswerte vorgeworfen werden. Der Handlungsunwert ist gegeben, es fehlt dagegen an einem Erfolgsunwert.

Der Einwand, Versuch scheide (begrifflich) aus, da A denjenigen getötet habe, den er habe töten wollen[3], (vgl. Eingangsbeispiel S. 1) übersieht, daß A grundsätzlich berechtigt war, den B zu töten. A handelt objektiv in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung[4]. Er kann lediglich wegen seines dokumentierten Auflehnungswillens bestraft werden[5].

2.

Die zweite in der Wissenschaft stark vertretene Auffassung will den im nRi handelnden Täter wegen vollendeter Tat stra-

---

1) vgl. aber Seite 76 A.3
2) Schönke-Schröder 217
3) Maurach 244
4) Zu der Frage, ob wegen fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements die Tat objektiv rechtswidrig ist, vgl. unten S. 68
5) Zu der Fülle von Einwendungen, die sich meist nicht gegen das Ergebnis der Vorsatz- und eingeschränkten Schuldtheorie beim nRi im besonderen, sondern gegen deren Grundposition, ihre Auffassung vom Irrtumstatbestand gem. §59 richten, vgl. für die Vorsatztheorie Schönke-Schröder §59 V, dagegen Maurach 365 ff.; für die LvnT, von der aus allein die eingeschränkte Schuldtheorie vertreten werden kann, Engisch, ZStW 7o/583 ff., Arthur Kaufmann JZ 54/653 ff., 56/353 ff., gegen die Lehre Hirsch.

fen - Maurach[1], Welzel[2], Niese[3], Hirsch[4].

Nach ihrer Ansicht umfaßt der Tatbestand des § 59 nur Merkmale des Leitbildtatbestandes. Jeder Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, also auch der über einen Rechtfertigungssachverhalt, ist ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit, ist ein Verbotsirrtum[5].

a) Der Verbotsirrtum hat wie der Tatbestandsirrtum sein Spiegelbild, das vorläufig als "Putativdelikt" bezeichnet wird.
Denkbar ist dieses Spiegelbild in zwei Formen:

aa) Der Täter glaubt, eine Norm verbiete sein Verhalten, es sei deshalb strafbar. In Wirklichkeit existiert keine derartige Norm. Dieser Fall entspricht dem abstrakten Verbotsirrtum.

bb) Das Verhalten des Täters ist zwar generell durch eine Norm verboten, im konkreten Fall liegt aber eine Ausnahmesituation vor, die den Täter berechtigen oder verpflichten würde, gegen die Norm zu handeln. Der Täter weiß jedoch bei seiner Tat von dieser Ausnahmesituation nichts.
Eine Differenzierung dieses "konkreten negativen Verbotsirrtums" ist nicht möglich, da sich eine Umkehrung des Falles nicht denken läßt, daß der Täter einen nicht[6] anerkannten Rechtfertigungsgrund für

---

1) 244. Maurach argumentiert folgendermaßen: Ein Versuch scheidet aus, weil der Irrtum sich nicht auf den Tatbestand erstreckt. Die Rechtswidrigkeit bleibt bestehen, weil nur die Kongruenz subjektiver und objektiver Rechtfertigungsgründe, also das vom entsprechenden Willen getragene Rechthandeln, das Tatbestandsindiz zu entkräften vermag. Der im nRi handelnde Täter begeht also eine vollendete rechtswidrige Tat
2) (7) 77
3) Finalität 17 Anm. 3
4) 254. Zu Binding, H. Mayer, Würtenberger, Mezger, Liszt-Schmidt und Baumann vgl. den vorhergehenden Absatz und unten S.75 A.[1]
5) Vgl. oben S.31
6) entweder überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang oder dieser Art

sich in Anspruch nimmt.
Lediglich der Fall, daß der Täter den Sachverhalt eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes fälschlich annimmt, hat eine negative Entsprechung.

b) Am einfachsten wäre es, sich zur Lösung der Frage des "Putativdelikts" auf das Umkehrverhältnis zu berufen und zu sagen: was positiv ein Verbotsirrtum ist, ist im umgekehrten Fall ein Wahnverbrechen.

Dieser Standpunkt wird verbis expressis vertreten von Welzel[1], Hirsch[2], von Weber[3], Bruns[4], Kempis[5], Roxin[6], Jagusch[7], Lange[8] und Arthur Kaufmann[9]. Ein ausdrücklicher Widerspruch gegen das Umkehrverhältnis beim Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist nicht zu finden[10]. Es kann also davon ausgegangen werden, daß es unbestritten ist.

Diejenigen Autoren, die den positiven Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt als Verbotsirrtum ansehen, müßten also folgerichtig den nRi als Wahnverbrechen ansehen[11].

Da vor allem die Finalisten beim nRi jedoch zu einem anderen Ergebnis kommen und vollendete Tat annehmen, ist es nötig zu untersuchen, ob das Umkehrverhältnis zwischen Verbotsirrtum und Wahnverbrechen sachlich zu begründen ist.

Vorab ist festzuhalten, daß das Wahnverbrechen nach allgemeiner Meinung straflos ist[12].

---

1) (7) 172, 42o
2) 253
3) JZ 51/263
4) Der untaugliche Täter im Strafrecht 6, 14, 15
5) 18, 19
6) 158
7) LK (8) 222
8) Kohlrausch-Lange V vor §43
9) JZ 54/653 A.4; Vgl. auch Schwalm, Niederschriften II 189
10) Die Ausführungen von Baumann 4o3 betreffen ein anderes Problem
11) Dies gilt besonders für Welzel und Hirsch, die das Umkehrverhältnis ausdrücklich anerkennen.
12) Welzel (7) 172

aa) Die entscheidende Frage bei allen negativen Irrtümern ist die nach der Widerrechtlichkeit des Tuns[1]. In allen Fällen ist danach zu fragen, ob das Verhalten des Täters von einer Norm verboten ist oder nicht[2]. Auch die extremen Subjektivisten halten als Kern des Verbrechens den Normverstoß fest[3]. Zumindest muß sich der Wille des Täters auf die Verletzung einer Norm richten[4]. Erst dann, wenn der Täter ein von der Gemeinschaft als überragend wichtig und schutzwürdig anerkanntes und darum strafbewehrtes Gut angreift - wenn auch völlig unzulänglich, ohne daß er das Gut ernstlich hat gefährden können - , wenn er also die zum Schutz des Rechtsguts geschaffene und geltende Norm verletzt hat oder hat verletzen wollen, kann und soll sich das Strafrecht mit seinen Sanktionen gegen ihn richten.
Von dieser Plattform aus ist verständlich, warum übereinstimmend ein Tun, das zwar der Täter für strafbar hält, das in Wirklichkeit aber nicht verboten ist (der oben S.62 angeführte "umgekehrte abstrakte Verbotsirrtum"), für straflos erklärt wird. Trotz des zutage getretenen Auflehnungswillens, der sehr wohl eine abstrakte Gefährdung der Rechtsordnung darstellen kann, da er für andere als Ermunterung zur Auflehnung dienen kann - das schlechte Beispiel verdirbt die guten Sitten; trotzdem auf Grund dieser Handlungsweise oft auch angenommen werden kann, daß sich der Auflehnungswille des Täters das nächste Mal gegen ein geschütztes Gut richten werde.

---

1) So schon Binding Normen III 509 f., für den allerdings der Unterschied zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum noch keine Rolle spielte
2) Zum Wesen der Norm Engisch, Unrechtstatbestand 414 ff. bes. 422/423
3) Auf die radikal andere Orientierung der Kieler Schule wurde bereits hingewiesen. Sie hat sich wegen ihrer Unvereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht durchsetzen können.
4) wie beim untauglichen Versuch. Dieser ist dadurch charakterisiert, daß die Tat, wenn sie sich entsprechend den Vorstellungen des Täters verwirklichen ließe, gegen eine existierende und Geltung beanspruchende Norm verstoßen würde. Vgl. Engisch, Unrechtstatbestand 436 f.

Denn es fehlt an einer Norm, die ein derartiges Tun verbietet.

Beim abstrakten Verbotsirrtum bewährt sich also das Umkehrverhältnis Verbotsirrtum - Wahnverbrechen.

bb) In dem Fall, in dem der Täter bei seiner Tat vom Vorliegen eines Rechtfertigungssachverhalts nichts weiß, ist das Problem komplizierter.

α) Die Verletzung der Norm macht eine Tat im Normalfall rechtswidrig. Strafbar ist sie aber nur dann, wenn sie auch einen Straftatbestand erfüllt, der unter bestimmten, genau festgelegten Voraussetzungen an die Verletzung der Norm eine Straffolge knüpft.
Die Norm mit ihren Geboten und Verboten stellt gewissermaßen einen großen Kreis dar, aus dem mit Hilfe der Straftatbestände einzelne Teile herausgeschnitten werden. Jeder Verstoß, der in den großen Schutzkreis der Norm fällt, ist rechtswidrig. Strafbar ist er aber nur dann, wenn er in den durch einen Straftatbestand umgrenzten Teil fällt[1].
Greift ein Rechtfertigungsgrund ein, tritt die Norm mit ihrem Schutzwillen und Schutzanspruch zurück, die Rechtsgutsverletzung ist rechtmäßig[2].

Das Verhältnis von Norm, Tatbestand und Rechtfertigung ist eine sehr abstrakte Frage. Bei den drei Komponenten handelt es sich um Begriffe, deren Gehalt weitgehend frei definiert werden kann.

Um der Gefahr des "mit Worten (Begriffen) läßt sich trefflich streiten..." aus dem Wege zu gehen, wird das Problem konkret gefaßt:
Ein Richter hat als Anhänger der strengen Schuldtheorie den Fall zu entscheiden, daß A den B getötet hat, ohne gewußt zu haben, daß B bereits das Gewehr ange-

---

1) Beispielsweise ist die Eigentumsverletzung nur strafbar als Diebstahl, Unterschlagung etc.
2) Zum Verhältnis von Norm und Rechtfertigungsgrund vgl. Maurach 236 ff.

legt hatte, um den A seinerseits zu erschießen[1].

Der Straftatbestand der Tötung (§§ 211, 212) ist objektiv und subjektiv erfüllt.
Der Irrtum des Täters bezieht sich auf keinen "Umstand" im Sinne § 59, denn darunter sind nur Merkmale des Leitbildtatbestandes zu verstehen, nicht auch Merkmale eines Rechtfertigungssachverhaltes. Versuch (= umgekehrter Tatbestandsirrtum) scheidet also aus.
Strafwürdig ist A wegen seines dokumentierten Auflehnungswillens ohne Zweifel. Es bleibt nur übrig, ihn wegen vollendeter Tat[2] haften zu lassen - oder Wahnverbrechen anzunehmen.

Kann ein vollendetes Delikt vorliegen?

Die Tat erfüllt zwar die Merkmale des Straftatbestandes, ist aber objektiv nicht rechtswidrig. Denn Rechtswidrigkeit bedeutet Normwidrigkeit[3]. Eine Tat ist grundsätzlich nur dann rechtswidrig, wenn sie gegen eine Norm verstößt, also einem Gebot oder Verbot zuwiderläuft, das zum Schutz eines sozial wertvollen Interesses, eines Rechtsguts, geschaffen ist.

---

1) Eingangsbeispiel S.1; dabei bleibt die Frage der Schuld außer Betracht.
2) Wie es angenommen wird - vgl. oben S.61 f.
Wie allerdings Welzel die Ausführungen (7) 152 (irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungssachverhalts ist Verbotsirrtum), 172 (umgekehrter Verbotsirrtum ist straflos Wahnverbrechen) und 77 (im nRi begangene Tat ist nicht gerechtfertigt und deshalb wegen Vollendung strafbar) logisch miteinander vereinbaren will, ist nicht ersichtlich.
3) Wenn Welzel (7) 47 schreibt: "Rechtswidrig ist also der Widerspruch einer Tatbestandsverwirklichung zur Rechtsordnung als Ganzer (nicht bloß gegen eine einzelne Norm)", bedeutet das keinen Widerspruch zum Text. Welzel will damit sagen, daß die Rechtswidrigkeit ein Unterfall der Normwidrigkeit ist. Nicht jedes normwidrige Verhalten ist rechtswidrig, wohl aber ist jedes rechtswidrige Verhalten notwendig normwidrig. Es gibt keine rechtswidrige Handlung, die nicht normwidrig wäre (a.a.O.)

Das Rechtsgut Leben (konkretisiert in "Leben des B")[1] wird von der Norm nur im Normalfall geschützt. Tritt eine Sachlage ein, die einem anderen das Recht gibt, das Rechtsgut zu verletzen, entläßt die Norm das Rechtsgut aus ihrem Schutz. Sie selbst tritt zurück und will nicht mehr gelten. Das Rechtsgut steht nunmehr außerhalb des Normenschutzes.

Für die Norm ist es nicht entscheidend, ob der Berechtigte von seinem Verletzungsrecht Gebrauch macht. Sie hat die rein objektive Aufgabe, mit ihren Geboten und Verboten das Rechtsgut zu schützen.
Zwar wendet sie sich mit ihren Befehlen an den praesumtiven Täter, enthält also insoferne ein subjektives Element. Dies beeinflußt aber nicht ihre objektive Aufgabe, ihren Sinn und ihr Ziel, das Rechtsgut vor Verletzungen zu schützen.

In dem Augenblick, in dem ein stärkeres Gegenrecht, ein Recht zur Verletzung des Guts, abstrakt entstanden ist, gibt die Norm das Rechtsgut frei. Dieses bleibt zwar nach wie vor ein Rechtsgut, nämlich ein g r u n d s ä t z l i c h schutzwürdiges Sozialinteresse. Mit abstrakter Entstehung des Gegenrechts verliert es aber seine Schutzwürdigkeit.

Was nun weiter mit dem Rechtsgut geschieht, ist für die Norm ohne Bedeutung. Für sie ist "der Fall erledigt". Normwidrig = rechtswidrig kann ein Rechtsgut von dem Augenblick an nicht mehr verletzt werden, in dem es aus dem Normenschutz entlassen ist.

A konnte also von dem Zeitpunkt an, in dem B zum rechtswidrigen Angriff auf ihn angesetzt hatte, das Rechtsgut "Leben des B" nicht mehr normwidrig verletzen. Mit dem Angriff auf A hat B sein Leben dem Schutzkreis der Norm entzogen. Er hat als rechtswidriger Angreifer den Schutzanspruch der Norm verwirkt, A d u r f t e ihn vom Standpunkt der Norm aus töten.

---

1) Rechtsgut und Angriffsobjekt fallen im Beispiel zusammen

Der dolose Wille des A kann nicht rückwirkend das Rechtsgut "Leben des B" wieder unter den Normenschutz stellen, sodaß die Tötung objektiv rechtswidrig werden würde. Der Auflehnungswille des A richtet sich gegen ein nicht mehr geschütztes Rechtsgut, er k o n n t e keine normwidrige Tat mehr begehen.
Die Tötung des B kann somit nicht als objektiv rechtswidrig klassifiziert werden, da die für die Rechtswidrigkeit unerläßliche Bedingung - die Normwidrigkeit - entfällt.

Eine Ausnahme von dem Erfordernis, daß eine rechtswidrige Tat normwidrig sein muß, machen die Subjektivisten allerdings beim untauglichen Versuch. Hier soll der Wille des Täters genügen, ein Rechtsgut normwidrig zu verletzen.

Die Situation ist in diesem Falle jedoch eine andere: Der Verletzungswille des Täters richtet sich gegen ein Sozialinteresse, für welches das an die Allgemeinheit gerichtete System von Befehlen, welche die Erhaltung des Guts anstreben[1], intakt ist und Geltung beansprucht. Dem Täter gelingt sein Vorhaben nur nicht wegen Fehlens der objektiven Voraussetzungen des Delikts[2].

Davon unterscheidet sich der Fall des nRi wesentlich, da hier die Norm das Rechtsgut preisgegeben hat.

β) Die Forderung nach dem subjektiven Rechtfertigungselement[3] - jeder Rechtfertigungsgrund müsse vom Täter bewußt in Anspruch genommen werden, um eine Tat zu

---

1) Maurach 174
2) Schönke-Schröder 217
3) die für die Finalisten zwangsläufig aus ihrem System folgt - Hirsch 252 ff., (vgl. aber den Finalisten v. Weber JZ 51/263). Bei der Behandlung des nRi vom Standpunkt der subjektiven Verbrechensauffassung aus wird das Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselements als selbstverständlich unterstellt. Ohne diesem Erfordernis könnte überhaupt nicht gestraft werden, da die Tat sonst gerechtfertigt wäre. Die Frage ist vielmehr die, was zu geschehen hat, wenn die als notwendig unterstellte subjektive und die objektive Rechtfertigung auseinanderfallen.

rechtfertigen - hilft nicht weiter.
Denn die Problemstellung lautet nicht:
Wird eine tatbestandsmäßige Handlung nur dann gerechtfertigt, wenn dem Täter ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht und er diesen in Anspruch nimmt? Sondern: Verstößt die Verletzung eines Rechtsguts, das die Norm aus ihrem Schutz entlassen hat, allein deswegen gegen die Norm, weil der Täter das Rechtsgut normwidrig (= rechtswidrig) verletzen w i l l ? D.h. ersetzt die subjektive Normwidrigkeit die erforderliche objektive Normwidrigkeit? Genügt es, daß der Täter glaubt, gegen eine Norm zu verstoßen, um seine Tat objektiv rechtswidrig zu machen?[1)2)]

In dieser allgemeinen Form ist die Frage zu verneinen, denn dies würde zur Strafbarkeit des Wahndelikts[3)] führen.
Es würde den Einbruch eines reinen Gesinnungsstrafrechts bedeuten, für das die objektive Tatseite letzten Endes keine eigene Bedeutung mehr hat, deren Vertreter nur wegen und auf Grund der subjektiven Tatseite, der Pflichtwidrigkeit strafen, und zwar wegen vollendeten Delikts strafen[4)].

Diese Folgerung wird von keinem Subjektivisten gezogen, soweit er auf dem Boden des Rechtsstaats steht[5)]. Die

---

1) Das wäre der Gegenpol zur Auffassung des RG, welches für die Strafbarkeit grundsätzlich auf das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, also auf die subjektive Rechtswidrigkeit verzichtet hatte.
2) Vgl. die Ausführungen Hardwigs in GA 1957/17o ff. mit seiner Unterscheidung zwischen konkreter und abstrakter Pflicht sowie zwischen Erfolgsunwert, Handlungsunwert und personalem Unrechtsgehalt.
3) Siehe oben S.53 f . Ein Wahndelikt liegt typischerweise dann vor, wenn der Täter zu Unrecht annimmt, eine Norm verbiete sein Verhalten. Ob eine solche Norm ganz allgemein nicht existiert oder ob sie im Einzelfall das Rechtsgut preisgegeben hat, macht keinen grundsätzlichen Unterschied. Vgl. auch S.76 A.3
4) Zur Frage, ob evtl. Versuch angenommen werden kann vgl. oben S.54 f. und unten S.76 f.
5) Vgl. die Stellungnahmen gegen die Kieler Schule (Dahm

Preisgabe des Axioms, daß eine Tat normwidrig sein muß, um als Verbrechen bestraft werden zu können[1], würde geradewegs zur Anerkennung des sozial-ethischen Verbrechensbegriffs mit seinen nach heutiger Ansicht untragbaren Gefahren für Gerechtigkeit und Rechtssicherheit führen[2].

γ) Die Einstufung der Tat des A als vollendete Tötung hat auch, konsequent weitergeführt, die Aufgabe des Instituts der Norm zur Folge.
Man kann nicht zunächst die Unentbehrlichkeit der Norm im Aufbau des Strafrechts beweisen, dartun, daß die Anerkennung eines das Strafgesetz (den Tatbestand) tragenden Normensystems rechtslogisch und strafrechtsdogmatisch geboten ist[3] und dann über ihr Wesen in einem Fall hinweggehen, in dem es mit sonstigen Erfordernissen der Systematik nicht in Einklang zu bringen ist.
Wenn ein oder sogar das wesentliche Element des vollendeten Verbrechens seine Normwidrigkeit ist und Wesen und Aufgabe der Norm, seine Schutzfunktion, objektiv sind, kann konsequenterweise beim nRi dieses Wesen nicht gänzlich subjektiviert werden. Damit gibt man in Wahrheit die Norm als solche preis.

δ) Auch eine Besinnung auf das Wesen des vollendeten Verbrechens führt zum gleichen Ergebnis:
Der Gesetzgeber poenalisiert ein Verhalten, weil er es für unerträglich hält, da es die Rechtsordnung in nichthinzunehmenderweise stört. Bei der Beschreibung dieses Verhaltens geht oder ging zumindest der Gesetzgeber vom

---

ZStW 57/225 ff., Schaffstein ZStW 57/295 ff.), vor allem Engisch MOKrimBiol 1938/133 ff., Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht 1937, Nagler GS 111/45 ff., Mezger Grdr. 1943/45 ff.

1) von der bedenklichen Ausnahme des untauglichen Versuchs abgesehen

2) Maurach 11o

3) Maurach 175 ff.

vollendeten Delikt aus, das wegen seines schädlichen Einflusses auf die von der Rechtsordnung umschlossene Gesamtheit nicht sein soll[1].

Kann man wirklich sagen, daß der einen rechtswidrigen Angreifer tötende A oder der einen Mann des feindlichen Spähtrupps tötende S in unerträglicher Weise in die Rechtsgüterwelt eingreift, selbst wenn er bösen Willens ist? Er begeht Handlungen, die von der Rechtsordnung normalerweise erlaubt, ja sogar geboten sind. Können solche Handlungen, die äußerlich vollkommen mit der Rechtsordnung übereinstimmen, vollendete Verbrechen (für die Erfolgsdelikte beispielsweise ist ein unwertiger Erfolg wesentliches Merkmal) sein?

Bloßen dokumentierten Auflehnungswillen als vollendetes Delikt zu bestrafen, geht nicht an[2].

Zwar könnte man sagen, daß der im nRi handelnde Täter es nur dem Zufall und nicht eigenem Verdienst zuzuschreiben habe, daß seine Handlung einen mit der Rechtsordnung übereinstimmenden Erfolg erzielt habe. Die volle Haftung sei daher angebracht.

Dies ist jedoch kein Argument für die Vollendungsstrafe. Denn die Rechtsordnung knüpft z.B. bei Erfolgsdelikten die höhere Strafdrohung an den rechtswidrigen Erfolg. Ist ein die Rechtsordnung störender Erfolg ausgeblieben oder mangelt es sonst am Tatbestand - und zwar wesensnotwendig aus Zufall, ohne eigenes Verdienst des Täters[3], liegt nur Versuch vor[4].

ε) Der Versuch Wiedows[5], die Tat des A deshalb als vollendetes Delikt zu klassifizieren, weil sie objektiv zweideutig, subjektiv aber eindeutig und somit objektiv rechtswidrig sei[6], ist nicht haltbar.

---

1) Vom Versuch wird hier abgesehen
2) Vgl. Bruns 13 A.24(Der untaugliche Täter im Strafrecht), der eine äußerlich korrekte, aber von bösem Willen getragene Handlung als (typischen) Fall des Versuchs ansieht.
3) der Rücktritt vom Versuch bleibt außer Betracht
4) Oehler 176
5) 62
6) im Prinzip besagt die Argumentation von Maurach, Welzel,

Bei dieser von der Lehre der subjektiven Unrechts- und Rechtfertigungselemente beeinflußten These zeigt sich eine verhängnisvolle Aufweichung des Begriffs "objektiv". Eine in eindeutiger, objektiver Rechtfertigungssituation begangene Tat ist objektiv nicht zweideutig, sondern eindeutig - sie geschieht in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung[1]. Will man den Begriff der Normenordnung nicht völlig subjektivieren und damit in Wahrheit fallen lassen, kann man aus einer objektiv rechtmäßigen Handlung nicht ihr Gegenteil, eine objektiv rechtswidrige machen[2].

Die Argumentation von Wiedow beruht auf einer überstarken Betonung des "Handlungsunwertes" gegenüber dem "Erfolgsunwert". Letzterer ist bisher für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Tat - trotz mancher Einschränkungen[3] - entscheidend gewesen und wird von der Mehrheit der Subjektivisten für die vollendete Tat auch weiterhin festgehalten.

Interessanterweise hat der prominenteste Vertreter des Begriffs des Handlungsunwerts und des personalen Unrechtsbegri Welzel, in neuerer Zeit selbst betont, daß man sich vor eine Überspannung des Handlungsunwerts hüten müsse.

Anläßlich der Beratungen über die Fassung der Strafdrohung für den Widerstand gegen die Staatsgewalt im neuen Entwurf des Strafgesetzbuchs befaßte er sich mit der grundsätzlichen Frage, was die Rechtswidrigkeit eigentlich bedeute[4]. Dazu sei eine Besinnung auf den Rechtsbegriff nötig.

Nach Kant ist der Rechtsbegriff der Inbegriff der Bedingunge

Hirsch das gleiche

1) Rechtsordnung im Sinne von objektiver Normenordnung

2) Die Subjektivierung der Rechtswidrigkeit, d.h. die Aufgabe der objektiven Rechtswidrigkeit, hat darüber hinaus zur Folge, daß der bisher allgemein beibehaltene Unterschied von Rechtswidrigkeit und Schuld entfällt - vgl. Mezger, Niederschriften II 2o, 21. Vgl. auch die Ausführungen Langes gegen den personalen Unrechtsbegriff a.a.O. 163 f.

3) wie beim untauglichen Versuch

4) Niederschriften XIII 54 f.

unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen bestehen kann. Hier zeigen sich nach Welzel deutlich zwei Aspekte: der des Handelnden und der des Betroffenen.

Das Recht muß einmal dem Handelnden sagen, was er tun darf, und zum anderen dem Betroffenen, was er zu dulden hat und was er nicht zu dulden braucht. Normalerweise stimmen beide Aspekte überein: was der eine tun darf, muß der andere dulden; was der eine nicht tun darf, braucht der andere nicht zu dulden.

Es gibt aber auch Fälle, in denen der Handelnde rechtmäßig handelt, der Handlungserfolg aber gleichwohl vom Recht mißbilligt wird, die beiden Aspekte also auseinanderfallen, z.B. beim erlaubten Risiko, bei der Verhaftung Unschuldiger, auch bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen und beim "verkehrsrichtigen Verhalten".

Bei der rechtswidrigen Diensthandlung zeigt sich nach Welzel zum ersten Mal eindrucksvoll die Problematik, was Rechtswidrigkeit bedeutet. Nach seiner Meinung ist sie vom Standpunkt des Betroffenen und nicht von dem des Handelnden aus zu sehen.
Rechtswidrig ist der Eingriff, den der Betroffene nicht zu dulden braucht. Der Begriff der Rechtswidrigkeit ist "n i c h t a l s H a n d l u n g s u n w e r t zu verstehen, sondern rechtswidrig ist jene Handlung, die der Betroffene nicht zu dulden verpflichtet ist..."[1].

Neben der Einschränkung der Bedeutung des Handlungsunwerts durch dessen unermüdlichen Verfechter hat der Beitrag Welzels für den nRi auch unmittelbar Bedeutung. Denn seine Stellungnahme zum Begriff der Rechtswidrigkeit braucht nur "umgekehrt" zu werden. Wenn rechtswidrig nur der Eingriff ist, den der Betroffene nicht zu dulden braucht, ist rechtmäßig der Eingriff, den der Betroffene dulden muß.

---

1) Niederschriften XIII 55

Im Eingangsbeispiel muß B die Reaktion des A dulden, denn gegen einen rechtswidrigen Angriff ist Notwehr gestattet. Vom Standpunkt des B aus ist es ohne Bedeutung, ob A mit dem subjektiven Rechtfertigungselement handelt oder nicht. Er muß es sich gefallen lassen, daß seinem rechtswidrigen Angriff Widerstand entgegengesetzt wird. Welzel betrachtet also den im nRi handelnden Täter als (objektiv) gerechtfertigt. Wie er es damit vereinbaren will, daß der Täter trotzdem wegen Vollendung bestraft werden soll, ist schwer einzusehen.

z) Daß eine im nRi begangene Handlung objektiv nicht rechtswidrig (da nicht normwidrig) sein kann, wird auch durch folgende Überlegung gestützt:
Würde A den B rechtswidrig verletzen, wäre A dem B bzw. Dritten gem. §§ 823 I, 842 ff. BGB schadenersatzpflichtig. Denn eine (strafrechtlich) objektiv rechtswidrige Tötung ist wegen der Einheit der Rechtsordnung[1] auch rechtswidrig im Sinne des BGB. Derjenige, der sich unbewußt erfolgreich gegen einen rechtswidrigen Angriff gewehrt hat, wäre also dem rechtswidrigen Angreifer zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet, obwohl ihm nicht Unrecht, sondern Recht geschehen ist - ein Ergebnis, das für sich selbst spricht[2]. §§ 846, 254 BGB könnten dieses unbefriedigende Resultat nicht annehmbarer machen[3].

---

1) Vgl. Engisch, Einheit der Rechtsordnung
2) Vgl. Beseler 43, Kadečka, Rittler-Festschrift (1946) 34
3) Die Vertreter der Vorsatz- und eingeschränkten Schuldtheorie entgehen dieser Folgerung, da sie wegen untauglichen Versuchs strafen, der (ausnahmsweise) nur subjektiv normwidrig zu sein braucht. Die subjektiv begründete Rechtswidrigkeit des Versuchs ist etwas anderes als die objektive Rechtswidrigkeit einer vollendeten Tat. Nur letztere strahlt notwendig auf die ganze Rechtsordnung aus.

Für die Subjektivisten bereitet eine verschiedene Auslegung des Begriffs "Rechtswidrigkeit" keine Schwierigkeit. Für sie hat die Rechtswidrigkeit in verschiedenen Rechtsgebieten eine verschiedene Bedeutung (im Gegensatz zu den Objektivisten). Im Strafrecht (und insbesondere beim Versuch) ist das personale Element sehr stark, im Zivilrecht

Die Untersuchung hat gezeigt, daß eine im nRi begangene Tat kein vollendetes Delikt sein kann, da sie objektiv nicht rechtswidrig ist[1].

η) Das am Beispiel der Notwehr gefundene Ergebnis gilt nicht nur für diesen Rechtfertigungsgrund, sondern für alle Unrechtsausschließungsgründe, ob es sich um den rechtfertigenden Notstand, die rechtfertigende Einwilligung, die Ausübung staatlichen Erfüllungszwangs, das Züchtigungsrecht oder um einen sonstigen Grund handelt. Denn wie verschieden sie auch in ihrer Einzelausgestaltung sein mögen, eines haben sie gemeinsam: sie begründen ein Recht oder sogar eine Pflicht zur Verletzung des normalerweise geschützten Rechtsguts. Am Fall der Notwehr läßt sich das Verhältnis von Rechtsgut, Norm und Rechtfertigungsgrund am einfachsten zeigen. Die Situation ist jedoch bei allen Unrechtsausschließungsgründen die selbe: sobald ein Rechtfertigungsgrund entstanden ist, gibt die Norm das Rechtsgut aus ihrem Schutzkreis frei. Charakter und Wirkungsweise all dieser "Gegenrechte" sind gleich[2] - dies ist gerade ihre wesentliche Eigenschaft und ihre

---

steht der Güterschutz im Vordergrund. Die einzelnen Rechtsgebiete haben verschiedene Aufgaben, folglich können auch die dabei verwendeten Begriffe verschieden akzentuiert werden - vgl. Schaffstein, MDR 51/199

1) Diese Überlegungen gelten auch für die anderen Schuldstufentheorien (insbesondere für die Vorsatztheorie). Die Ansicht von Binding, Dohna, Baumann, M. Mayer, Würtenberger, Mezger und Liszt-Schmidt läßt sich demnach ebenfalls nicht halten.

2) Dabei wird mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen, daß es im Strafrecht nur rechtswidrige und rechtmäßige Handlungen gibt, nicht aber auch rechtlich indifferente, wie z.B. Nagler (Frank-Festgabe I 341 ff. und öfter) behauptet.
Eine andere Frage ist, wie nach der LvnT diejenigen Handlungen zu benennen sind, die zwar die Merkmale einer Straftat-bestandsbeschreibung erfüllen, wegen Eingreifens eines Rechtfertigungsgrundes aber nicht tatbestandsmäßig sind. Am besten bezeichnet man sie mit Engisch als strafrechtlich relevant, aber nicht tatbestandsmäßig.

Aufgabe im Verbrechensaufbau. Gegen die Verallgemeinerung bestehen daher keine Bedenken[1)2)].

cc) Um den strafwürdigen Täter belangen zu können, würde sich der Weg anbieten, ihn wegen Versuchs zu strafen. Wie beim untauglichen Versuch ist er aktiv geworden, um ein Rechtsgut zu verletzen, es ist ihm aber nicht geglückt[3)].

Diese Möglichkeit haben sich die meisten Vertreter der strengen Schuldtheorie aber mit ihrer Tatbestandskonstruktion selbst genommen. Wenn der positive Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt ein Verbotsirrtum und kein Tatbestandsirrtum ist[4)], kann der nRi kein Versuch sein. Versuch ist umgekehrter Tatbestandsirrtum, nicht umgekehrter Verbotsirrtum.

---

1) Vgl. auch Lange, Niederschriften II 163 ff.
2) Im Beispielsfall sind Rechtsgut und Angriffsobjekt identisch. Dies beeinträchtigt jedoch seine Brauchbarkeit als Beispiel nicht. Die Ausführungen zum Verhältnis Norm - Rechtfertigungsgrund gehen vom Leben des B als "grundsätzlich geschütztem Sozialinteresse" aus, nicht vom Leben des konkreten B.
Ebenso gut könnte die Wegnahme einer Sache als Beispiel verwendet werden, wobei dem Täter die Einwilligung des Eigentümers und Gewahrsamsinhabers in die Wegnahme unbekannt geblieben ist. Dann wäre zwar der Unterschied zwischen dem Rechtsgut "Eigentum" und dem Angriffsobjekt "Sache" eindeutig. Dieses Beispiel hätte aber den Nachteil, mit der ganzen Kontroverse Erklärungstheorie - Willensrichtungstheorie belastet zu sein. Beim rechtfertigenden Notstand spielen mannigfache Gesichtspunkte eine Rolle, die den Ausgangspunkt der Untersuchung verwischen können. Es erschien deshalb am günstigsten, das Beispiel der Notwehr zu wählen.
3) Vgl. oben S.48 ff. Neben dem in beiden Fällen gegebenen Auflehnungswillen besteht allerdings auch ein wesentlicher Unterschied (vgl. oben S.68). Beim nRi richtet sich die Tat gegen ein nicht mehr geschütztes Rechtsgut, während beim "Normalfall" des untauglichen Versuchs die Norm Geltung beansprucht. M. E. steht der nRi daher dem Wahnverbrechen näher als dem Versuch.
Räumt man allerdings dem Handlungsunwert gegenüber dem Normverstoß die größere Bedeutung ein, kann man bei entsprechender Tatbestandsauffassung zur Strafbarkeit wegen Versuchs kommen.
4) In diesem Punkt unterscheidet sich gerade die strenge von der eingeschränkten Schuldtheorie (natürlich auch von den Vorsatztheorien)

Es bleibt somit nur die Möglichkeit eines W a h n - v e r b r e c h e n s . Eine weitere Form der Klassifizierung strafrechtlich relevanter, im "negativen" Irrtum begangener Taten neben Vollendung, Versuch und Wahnverbrechen gibt es nicht.

c) Die oben[1] als Putativdelikt bezeichneten Spiegelbilder des Verbotsirrtums sind also beide Wahnverbrechen. Das Umkehrverhältnis zwischen Verbotsirrtum und Wahnverbrechen wird damit an Hand des nRi bestätigt, zumindest bestehen gegen seine Verwendung keine Bedenken.

d) Am Beispiel des nRi zeigt sich, daß die Rechtsfigur des Wahnverbrechens systematisch noch nicht genügend durchgearbeitet ist.
Die Spiegelbilder Tatbestandsirrtum-Versuch regeln den Block der Tatumstandsirrtümer in einer (allgemein als sachgerecht anerkannten) starren Weise. Jeder Tatbestandsirrtum, sei er auch noch so unverzeihlich, schließt die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat aus; jeder Versuch, sei er auch noch so untauglich[2], begründet Strafbarkeit.

Wegen der grundsätzlich anderen Natur der Fälle, die als Verbotsirrtümer in Frage kommen[3], wird hier differenziert zwischen strafbaren und straflosen Fällen.
Bei dem spiegelbildlichen Wahnverbrechen dagegen wird nicht unterschieden. Diese Irrtümer, so verschieden sie in ihrer Erscheinungsform sind, bewirken immer Straflosigkeit bzw. können in keinem Fall Strafbarkeit begründen. Nach einhelliger Meinung ist ein Wahnverbrechen eo ipso straflos. Dies führt dann dazu, Taten in vollende-

---

1) Seite 62 f.
2) Eine Ausnahme bildet der irreale Versuch, der aber richtigerweise nach dem neuen Entwurf grundsätzlich strafbar sein wird - §26 I und Amtliche Begründung 135; dem Gericht ist jedoch die Möglichkeit eingeräumt, nach Ermessen von Strafe abzusehen - §27 III.
3) Vgl. dazu Engisch ZStW 66/371 ff., 70/566 ff., dessen Ausführungen für die Lehre vom Leitbildtatbestand ebenso gültig sind wie für die LvnT.

te Delikte umzudeuten, die eigentlich Wahnverbrechen sind, hauptsächlich wohl deswegen, um sie überhaupt strafen zu können.

Der richtigere Weg wäre, das Problem einmal eingehend zu untersuchen, ob wirklich jedes Wahnverbrechen straflos zu bleiben hat oder ob nicht die Fälle des umgekehrten Verbotsirrtums wenigstens unter gewissen Umständen strafbar sein sollen. Dabei darf allerdings die Schranke nicht übersehen werden, die § 2 StGB und Art. 103 II GG bilden.

Es wäre mit anderen Worten zu überlegen, ob nicht wie beim Verbotsirrtum auch beim Wahnverbrechen eine Differenzierung angebracht sei, da unter diesem Begriff so verschieden geartete negative Irrtumsfälle wie Irrtum über die Existenz einer Norm, Irrtum über die Existenz einer Strafbestimmung, Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungssachverhalts[1] zusammengefaßt werden.

3.

Der BGH ist in seiner Irrtumsrechtsprechung wenig konsequent. Schon bei seiner Stellungnahme zum positiven Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt weicht er von seiner grundsätzlichen Entscheidung für die Lehre vom Leitbildtatbestand[2] ab und behandelt ihn als Tatbestandsirrtum[3]. Beim nRi schwenkt er wiederum um und löst die Frage nicht vom Boden der eingeschränkten Schuldtheorie aus, sondern schließt sich der Meinung der Anhänger der strengen Schuld-

---

1) für die Vertreter der strengen Schuldtheorie
2) BGH 1/132, 2/194 (197)
3) 3/105, 194; NJW 54/480; (5 StR 134/54) (Vgl. aber beim übergesetzlichen Notstand BGH 3/7). Über die darin liegende Inkonsequenz vgl. Hirsch 18 ff.; dagegen aber Dreher, Niederschriften II 27 ff.

theorie an und straftwegen vollendeter Tat[1)2)].

Auch für den BGH gilt, was oben zur strengen Schuldtheorie ausgeführt wurde - im Zeichen eines Tatbestands- und Tatstrafrechts ist es nicht möglich, den im nRi handelnden Täter wegen vollendeten Verbrechens haften zu lassen.

Exkurs:

Wegen ihres grundsätzlich abweichenden Verbrechensaufbaus lassen sich Nowakowski, Goldschmidt und Kadečka nicht ohne weiteres unter das bisher Gesagte einordnen.
Da für sie die sonst allgemein als notwendig angenommene Verklammerung von Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld nicht besteht, sondern sie sehr wohl eine strafbare nur schuldhafte, aber nicht tatbestandsmäßige und rechtswidrige oder eine strafbare rechtswidrige und schuldhafte, aber nicht tatbestandsmäßige Handlung kennen[3)], ist auf ihren Standpunkt gesondert einzugehen.

Das Verbrechen wird wie von allen unter diesem Abschnitt B behandelten Autoren subjektiv definiert, und zwar als "menschliche Handlung, aus der das Recht eine unwertbedeutende Einstellung des Handelnden gegenüber einem Rechtsgut ableitet und an die es deshalb Zwangsmaßnahmen gegen seine Person, insbesondere Strafe knüpft"[4)].

---

1) BGH 2/114, 5/247. Auch das RG hat in ständiger Rechtsprechung wegen Vollendung gestraft - 54/199, 6o/262, 62/138.
2) Vgl. aber BGH 4/199 (2oo), wonach ein Täter, dem die Einwilligung des Opfers unbekannt geblieben war, nur wegen versuchten Diebstahls bestraft wurde.
Inwieweit diese Entscheidung herangezogen werden kann, ist allerdings zweifelhaft. Der Schwerpunkt lag in diesem Fall auf dem Gewahrsamsbruch beim Diebstahl. Dieser wurde verneint, da die "Bestohlene" den Diebstahl provozieren wollte, auf die Wegnahme also vorbereitet war und deshalb in Wahrheit mit der Wegnahme ihren Gewahrsam nicht verloren hatte. Ähnlich RG LZ 18/462, RG 53/336 (338), RG GA 61/126 (127)
3) Nowakowski 42, 43; Goldschmidt, Der Notstand 18, Kadečka, Rittler-Festschrift (1946) 32 ff.
4) Nowakowski 29

Die Rechtswidrigkeit ist rein objektiv, sie ist beschränkt auf die äußere Tatseite[1]. Ein im nRi befindlicher Täter handelt nicht rechtswidrig, denn durch das objektive Gegebensein des Rechtfertigungsgrundes wird die Rechtswidrigkeit eo ipso ausgeschlossen. Ebenso wenig wie zur Unrechtsbegründung sind subjektive Elemente zur Rechtfertigung heranzuziehen[2].

Der Täter ist aber trotzdem strafbar, und zwar wegen Versuchs[3], weil er etwas nach seiner Vorstellung Rechtswidriges getan hat. Sein Tun ist zwar nicht objektiv rechtswidrig, er ist jedoch tätig geworden, um es zu tun[4].

Das etwas verwirrende Bild kann folgendermaßen zusammengefaßt werden:

Vom Standpunkt der subjektiven Verbrechensauffassung aus ist das Problem des nRi je nach der vertretenen Tatbestandsauffassung verschieden zu lösen.

a) Die Vertreter der Vorsatztheorie haben Versuch anzunehmen.

b) Ebenso strafen die Vertreter der eingeschränkten Schuldtheorie wegen Versuchs.

c) Für die Vertreter der strengen Schuldtheorie handelt es sich um ein Wahndelikt. Ob das Wahndelikt immer straflos zu sein hat, müßte den Gegenstand einer eigenen Untersuchung bilden.

---

1) Nowakowski 54, ZStW 63/319, 32o; Goldschmidt, Frank-Festgabe I 458 ff.; Kadečka ZStW 59/1 ff.
2) ZStW 63/319
3) Nowakowski 54, 9o; Goldschmidt, Der Notstand 41 f., Kadečka, Rittler-Festschrift (1946) 35
4) ZStW 63/319

C. Positive Regelung

I. Geltendes Recht

Das Gesetz befaßt sich an zwei Stellen mit einem Fall, der als nRi angesehen werden kann.

§ 22 WStG bestimmt:

In den Fällen der §§ 19 bis 21 handelt der Untergebene nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde. D i e s g i l t a u c h , w e n n d e r U n t e r g e b e n e i r r i g a n n i m m t , d e r B e f e h l s e i v e r b i n d l i c h.

In § 109 b StGB heißt es:

I. Wer vorsätzlich einen Soldaten der Bundeswehr verleitet, einen Befehl nicht zu befolgen und dadurch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, die Schlagkraft der Truppe, Leib oder Leben eines Menschen oder ihm nicht gehörende Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Gefängnis oder mit Einschließung bis zu 5 Jahren bestraft.
...

V. Die Tat ist nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist, insbesondere wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde. D i e s g i l t a u c h , w e n n d e r T ä t e r i r r i g a n n i m m t , d e r B e f e h l s e i v e r b i n d l i c h .

An sich hätte es nahegelegen, die gesetzliche Regelung an den Anfang der Untersuchung zu stellen. Denn alle theoretische Durchdringung eines Problems hat sich an der vom Gesetzgeber vorgegebenen Materie auszurichten. Ein Denken im luftleeren Raum ist gerade in der Jurisprudenz fehl am Platze, denn die Rechtswissenschaft soll letzten Endes gerade dazu (wenn auch nicht nur dazu) dienen, gerechte Entscheidungen auf der Grundlage der rechtlichen Satzung zu ermöglichen. "Die Theorie des Gesetzes hat sich nach dem

Gesetz zu richten und nicht umgekehrt"[1].

Vor allem zwei Gründe waren dafür maßgebend, die gesetzliche Regelung erst jetzt zu behandeln:

a) Beide Bestimmungen sind relativ jungen Datums, gemessen am StGB als Ganzem, von dem das WStG im Grund nur einen Teil bildet. Beide Irrtumsregelungen stammen aus dem Jahre 1957.
Die Problematik wird jedoch schon seit Jahrzehnten, mehr oder minder klar schon seit Bestehen des StGB gesehen. Aus der Stellungnahme zu dem gesamten abstrakten Problem des Irrtums über einen Rechtfertigungssachverhalt folgt die Stellungnahme zu der gesetzlichen Regelung. Dies würde ohne Berücksichtigung der Systeme und Grundentscheidungen der einzelnen Autoren nicht verständlich werden.

b) Eng damit zusammen hängen die Ansichten darüber, inwieweit der gesetzlichen Regelung grundsätzliche Bedeutung zukommt. Für einen konsequenten Vertreter der subjektiven Verbrechensauffassung, also insbesondere auch für die Rechtsprechung, müssen die §§ 22 I 2 WStG, 1o9 b V 2 StGB als Ausnahmeregelungen erscheinen, auf den speziellen Fall des Befehls, allgemeiner auf die militärische Situation zugeschnitten. Nur für die Vertreter einer objektiven Verbrechensauffassung fügt sich die gesetzliche Regelung zwanglos in das System ein.

Stellungnahmen zu § 22 I WStG

D r e h e r [2] stellt auf die Regelung des § 11 I 3 SoldG ab, wonach kein Ungehorsam vorliegt, wenn der nicht befolgte Befehl objektiv unverbindlich ist. Deshalb könne die

---

1) Kohlrausch-Lange 23o
2) Dreher-Lackner-Schwalm, WStG §22 II (182)

Handlung eines Untergebenen, der irrig einen Befehl für verbindlich hält und ihn nicht befolgt, nicht rechtswidrig sein. Da die Verbindlichkeit kein Tatbestandsmerkmal des Befehls sei, käme untauglicher Versuch nicht in Frage, es handle sich um einen umgekehrten Verbotsirrtum, der vom Gesetzgeber ausdrücklich dahin entschieden worden sei, daß dem Untergebenen sein Irrtum nicht schaden solle.

Diese Regelung dürfe aber nicht ohne weiteres auf andere Fälle des umgekehrten Verbotsirrtums bezogen werden. Die rechtliche Behandlung desjenigen, der verkennt, daß objektiv Umstände gegeben sind, welche die Rechtswidrigkeit seines Handelns ausschließen, sei vielmehr je nach der Natur des in Frage stehenden Rechtfertigungsgrundes verschieden.

A r n d t [1] betrachtet die Unverbindlichkeit des Befehls ebenfalls als Rechtfertigungsgrund (während nach dem Regierungsentwurf die Verbindlichkeit des Befehls nur eine Bedingung der Strafbarkeit war). Zu Abs. I 2 nimmt er nicht besonders Stellung.

R i t t a u [2] ist bei der Kommentierung des I 2 offensichtlich einem Irrtum unterlegen. Er führt aus:
"I 2 schließt die Rechtswidrigkeit des Ungehorsams auch dann aus, wenn der Untergebene einen nach I 1 unverbindlichen Befehl ausführt, weil er ihn irrtümlich für verbindlich hält". Was damit gesagt sein soll, ist nicht ersichtlich. Der erste Teil des Satzes ist logisch mit dem zweiten Teil nicht vereinbar.
Weiter unten schreibt er unter Berufung auf Richthofen, durch I 2 würde verhindert, daß der Untergebene wegen "Versuchs am untauglichen Objekt" bestraft werde.

Der damals amtierende Bundesjustizminister von M e r k a t z

---

1) Herbert Arndt, WStR 9o
2) Martin Rittau, WStG §22 A.2

stellte sich auf den Standpunkt[1], daß die Regelung des § 22 I 2 grundsätzliche Bedeutung habe. Er sei sich bewußt, daß die ganze Problematik von großer Tragweite sei. Das Bemühen des Gesetzgebers sei es gewesen, die Materie so klar und rechtsstaatlich wie möglich zu lösen. Die Rechtssprechung des BGH würde hier der Sachlage nicht entsprechen, sodaß die ausdrückliche Regelung erforderlich gewesen sei.

) Stellungnahmen zu § 1o9 b StGB

M a u r a c h [2] sieht in der Unverbindlichkeit des Befehls einen Rechtfertigungsgrund[3]. Er lehnt die gesetzliche Regelung des V 2 ab, die den Täter auch dann gerechtfertigt sein läßt, wenn er irrig an die Verbindlichkeit des Befehls geglaubt hat. Die Rechtfertigung setze ein subjektives Element voraus, der Täter müsse - um gerechtfertigt zu sein - den Rechtfertigungsgrund bewußt in Anspruch nehmen, was begrifflich unmöglich sei, wenn er den Befehl für verbindlich halte. Die gesetzliche Regelung verstoße gegen die Fundamente des allgemeinen Verbrechensaufbaus. Der Gesetzgeber habe in unverantwortlicher Weise mit seiner Devise "stat pro ratione voluntas" einen Täter gerechtfertigt, der eigentlich wegen vollendeter Tat zu bestrafen wäre.
Der Rechtfertigungsgrund des V 2 sei in Struktur und Folge unhaltbar. Das kleinere Übel wäre es noch gewesen, wenn für den Verleitenden, der irrig an die Verbindlichkeit des Befehls geglaubt habe, ein persönlicher Strafausschließungsgrund konstruiert worden wäre. Den Täter aber zu rechtfertigen, sei nicht haltbar[4].

Nach W e l z e l [5] ist die Unverbindlichkeit des Befehls

---

1) Bericht über die 19o. Sitzung des BT 1o852
2) Bes. T. 53o ff.
3) a.a.O. 533
4) BT 534
5) (7) 172, 42o

ebenfalls ein Rechtfertigungsgrund. Die irrtümliche Annahme, ein verbindlicher Befehl sei unverbindlich, sei ein Verbotsirrtum; der umgekehrte Irrtum - wenn der unverbindliche Befehl für verbindlich gehalten wird - soll ein Wahndelikt sein.

D r e h e r [1] stellt den nicht verbindlichen Befehl außerhalb des Schutzkreises des § 1o9 b. Die Verbindlichkeit soll kein Tatbestandsmerkmal sein[2]; die irrige Annahme, ein verbindlicher Befehl sei unverbindlich, stellt einen Verbotsirrtum dar. Zum nRi nimmt er nicht ausdrücklich Stellung.

L a n g e [3] vertritt wie Dreher die Ansicht, im Fall des objektiv unverbindlichen Befehls sei entgegen dem Gesetzestext bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen, da § 1o9 b V auf § 22 I WStG und dieser wieder auf § 11 SoldG zurückgeht. § 11 bestimmt: "Ungehorsam liegt nicht vor", wenn es sich um einen nicht verbindlichen Befehl handelt.

Zu V 2 schreibt Lange: "Man wird annehmen müssen, daß der Gesetzgeber nur singulär eine Rechtsfolge anordnen, nicht aber eine umstrittene Grundsatzfrage allgemein entscheiden wollte". Dies ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte[4]. Nach Lange handelt es sich in V 2 an sich um einen Versuchsfall[5].

K o h l h a a s [6] schließt sich in der Besprechung des Kommentars Kohlrausch-Lange der Ansicht Langes an, daß § 1o9 b V 2 eine Einzelregelung ohne grundsätzliche Bedeutung darstelle.

---

1) Schwarz-Dreher (23) §1o9b A.2 Bb; Vgl. auch den Aufsatz Drehers in JZ 1957/396
2) 326 unter Hinweis auf §2/2 WStG
3) Kohlrausch-Lange (43) §1o9b IX (315)
4) Vgl. aber oben S.83/84 (Abs.4 zum WStG)
5) Kohlrausch-Lange 314 IV
6) NJW 58/135

M e z g e r [1] begnügt sich mit der Feststellung, daß die Tat nach V 2 gerechtfertigt sei, daß der Gesetzgeber damit die Strafbarkeit wegen Versuchs ausgeschlossen habe.

J a g u s c h [2] neigt zu der Ansicht, daß die Nichtbefolgung eines unverbindlichen Befehls schon nicht tatbestandsmäßig sei. Er sieht den Fall des V 2 (trotzdem) als untauglichen Versuch an, der nur kraft ausdrücklicher Sonderregelung als nicht rechtswidrig gilt, also eine Fiktion darstellt.

S c h r ö d e r [3] betrachtet die Unverbindlichkeit des Befehls als Rechtfertigungsgrund. Auch er rubriziert den Fall des V 2 an sich als Versuch. Die gesetzliche Regelung bedeute, daß hier der bloße Wille, zur Gesetzwidrigkeit zu verleiten und damit selbst Unrechtes zu tun, nicht als rechtswidrig zu behandeln sei. Diese Regelung verstoße gegen die allgemeinen Grundsätze der Versuchsstrafbarkeit.

II. Der E n t w u r f

Der Entwurf 1960 hat bewußt auf eine Regelung der Verleitung zum Ungehorsam entsprechend § 109 b StGB verzichtet.

Aus systematischen Gründen und um Unebenheiten zu vermeiden, die sich aus der Regelung im StGB und im WStG ergeben haben[4], soll dieser Fall künftig nur nach dem entsprechend

---

1) StB II (7) 303
2) LK 2.Bd. (8) §109b 7(d) (814 f.)
3) Schönke-Schröder §109b IV (534)
4) Ein Soldat, der zum Ungehorsam verleitet hat, muß nach der jetzigen Rechtslage nach dem StGB bestraft werden, es kann gegen ihn also kein Strafarrest gem. § 10 I 3 WStG verhängt werden.

zu ergänzenden WStG strafbar sein[1].

1) An vier Stellen findet sich jedoch eine ausdrückliche Regelung des nRi:
Beim Widerstand - § 419 IV 2, dem Verstrickungs- und Siegelbruch - § 427 III 2, der Aufforderung zum Ungehorsam - § 291 II 2 und beim Landfriedensbruch - § 295 III 2.

Angelpunkt ist § 419 IV 2 E 6o, bei dessen Beratung das Problem ausführlich von der Großen Strafrechtskommission diskutiert wurde.
Die Kommission entschied sich mit knapper Mehrheit[2] dagegen, die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung als Tatbestandsmerkmal in die Verbrechensbeschreibung aufzunehmen. Ihre Rechtswidrigkeit soll vielmehr Rechtfertigungsgrund sein[3]. Nimmt der Täter irrig an, die Diensthandlung sei rechtmäßig, ist er (trotzdem) straflos.
Die amtliche Begründung[4] läßt offen, ob die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung eine objektive Bedingung der Strafbarkeit oder ihre Rechtswidrigkeit ein Rechtfertigungsgrund sein soll. Sie verweist lediglich darauf, daß die Regelung des IV 2 nötig war, "da ein Teil des Schrifttums in dem zumindest ähnlichen Fall, daß ein Täter das Vorliegen rechtfertigender Umstände verkennt, nicht Versuch, sondern vollendete vorsätzliche Tat annimmt"[5].

Die ausdrückliche Regelung des Problems in IV 2 spricht stark dafür, daß sich die Mehrheit der Kommission[6] dem Standpunkt Drehers angeschlossen hat und die Rechtswidrig-

---

1) Damit wird auch die nur für den §1o9b vorgesehene Strafart der Einschließung (wie in §19 WStG) für das StGB überflüssig
2) Niederschriften XIII 72: 11 gegen 8 Stimmen
3) Dreher a.a.O. 53
4) 564
5) so etwa Maurach 244
6) die Aufnahme des IV 2 wurde mit großer Mehrheit (3 Gegenstimmen, 3 Enthaltungen) gebilligt - Niederschriften XIII 74

keit der Diensthandlung als Rechtfertigungsgrund ansieht[1]. Die fälschliche Annahme ihrer Rechtmäßigkeit ist dann ein negativer Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt, der ein strafloses Wahndelikt darstellt[2].

In den §§ 427 III 2, 291 II 2 und 295 III 2 führt der Entwurf die beim Widerstand gefällte Entscheidung konsequent fort[3].

) Wie wenig konsequent der neue Gesetzgeber allerdings verfährt, zeigt die "Gegenprobe", die Regelung des positiven Irrtums über einen Rechtfertigungssachverhalt.

In § 2o behandelt er ihn wie einen Tatbestandsirrtum, schließt sich also im Ergebnis der LvnT an.
Dieses Prinzip scheint er beim rechtfertigenden Notstand in § 39 II 1 zu durchbrechen und dort im Ergebnis der strengen Schuldtheorie den Vorzug zu geben. Inwieweit dies zutrifft, ist jedoch zweifelhaft.

Laut amtlicher Begründung[4] will der Entwurf zur Frage des Verbrechensaufbaus nicht Stellung nehmen. Er geht rein pragmatisch vor.
Engisch[5] hatte in die Diskussion um die Notstandsregelung im neuen Entwurf von neuem die Figur der Notstandsfahrlässigkeit eingeführt. Er legte dar, daß die in irriger Annahme der Notstandsvoraussetzungen begangene Tat eine fahrlässige sei[6].

---

1) IV 2 wäre nicht nötig gewesen, wenn der Entwurf die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung als objektive Bedingung der Strafbarkeit ansähe. In diesem Fall wäre die Straflosigkeit des Täters, der die Rechtmäßigkeit der Handlung irrig annimmt, selbstverständlich.
2) So ausdrücklich Welzel, Niederschriften XIII 74
3) Vgl. amtliche Begründung 571, 429, 433 mit Verweisung auf die derzeitige gesetzliche Regelung in § 22 I 2 WStG, §1o9b V 2 StGB
4) 126
5) ZStW 7o/566 ff.
6) für Engisch eine zwingende Folge aus seinem Bekenntnis zur LvnT

Da aber beim rechtfertigenden Notstand jedes Rechtsgut in Gefahr kommen könne, verletzt zu werden[1], bestehe ein Bedürfnis nach umfassenderer Bestrafungsmöglichkeit. Diesem Bedürfnis könnte am besten dadurch genügt werden, daß jede in vorwerfbarer irriger Annahme einer Notstandssituation begangene Tat unter Strafe gestellt werde. Deren Höhe sollte aus dem Vorsatzstrafrahmen abgeleitet, jedoch stark gemindert werden, sodaß die Strafdrohung etwa der wegen Fahrlässigkeit entspreche.

Im wesentlichen ist der Entwurf im Ergebnis diesem Standpunkt gefolgt[2].

Schröder[3] vertritt die Ansicht, daß der Entwurf auch die dogmatische Konstruktion von Engisch übernommen habe. Dies ergebe sich vor allem aus § 39 II 2. Danach ist die Strafe über den für den Verbotsirrtum vorgesehenen Rahmen hinaus zu mildern. Dies bedeute, daß es sich bei der in irriger Annahme der Notstandsvoraussetzungen begangenen Tat in Wahrheit um eine fahrlässige, nicht um eine vorsätzliche[4] handle.

Ebenso ist zweifelhaft, ob sich der Entwurf bei der ärztlich unbegründeten Unterbrechung der Schwangerschaft - § 158 I, bei der eigenmächtigen Unterbrechung der Schwangerschaft - § 159 III und bei der eigenmächtigen Heilbehandlung - § 162 III im Ergebnis für die strenge Schuldtheorie und damit für die Lehre vom Leitbildtatbestand entschieden hat. Der Wortlaut der Bestimmungen spricht dafür. Außerdem ist

---

1) im Gegensatz zu den übrigen Rechtfertigungsgründen, die nur bei einer beschränkten Anzahl von Rechtsgütern akut werden, deren fahrlässige Verletzung im nötigen Umfang unter Strafe gestellt ist

2) Niederschriften XII 154 ff. Gegen die rechtliche Konstruktion haben sich allerdings eine Reihe von Kommissionsmitgliedern gewandt - a.a.O.

3) Schmidt-Festschrift 29o ff. Die Ausführungen beziehen sich auf den Entwurf 1959 II, der beim Irrtum über einen rechtfertigenden Notstandssachverhalt mit E 6o übereinstimmt

4) so Welzel, Niederschriften XII 19o

gem. § 158 II und § 159 IV der Versuch strafbar. Nach bisher allgemeiner Auffassung gibt es keinen fahrlässigen Versuch. Die im Irrtum begangene Tat muß also eine vorsätzliche sein. Vorsatz kann jedoch nur bei Zugrundelgung der strengen Schuldtheorie angenommen werden[1].
Auf diesen Fall kann die Argumentation von Engisch und Schröder nicht ohne weiteres übertragen werden.
Gallas[2] und Koffka[3] sehen § 158 I als eine Art von Fahrlässigkeitstatbestand an, also nicht als Ausfluß der strengen Schuldtheorie. Die amtliche Begründung[4] läßt die Frage für alle drei Bestimmungen offen. Sie bezieht sich ausdrücklich auf die Regelung des § 39 II, der als Vorbild gedient habe.

Schon dieses kurze "Streiflicht" zeigt, daß aus dem Entwurf dogmatische Rückschlüsse nur mit großer Vorsicht gezogen werden können. Natürlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, pragmatisch zu verfahren und sich an den ihm gerecht erscheinenden Ergebnissen auszurichten. Dabei hat er aber auch auf dogmatische Folgerichtigkeit zu achten.
Beim Entwurf ist der Vorwurf von Maurach[5] nicht ganz unbegründet, auch der Gesetzgeber könne sich nicht ohne weiteres über logische Konsequenzen hinwegsetzen und mit seiner Devise "stat pro ratione voluntas" ein Gesetz in sich widerspruchsvoll machen.
Entweder ist ein Irrtum über einen Rechtfertigungssachverhalt immer ein Tatbestandsirrtum oder immer ein Verbotsirrtum. Will sich der Gesetzgeber nicht festlegen, sollte er eine Stellungnahme überhaupt vermeiden. Die Regelung von Fall zu Fall von jeweils verschiedenem Standpunkt aus führt zu Ungereimtheiten, sie stellt eine "dogmatische Mißgeburt"[6] dar.

---

1) Vgl. aber amtliche Begründung 277
2) Niederschriften XII 165
3) a.a.O. 185
4) 277, 278, 28o
5) den er bei §1o9b V 2 erhoben hat - BT 534
6) Mezger, Niederschriften XIII 74 in etwas anderem Zusammenhang

D. Zusammenfassung

Die Arbeit hat gezeigt, daß die Lösung des Problems des nRi weitgehend von Umständen abhängt, die außerhalb der Strafrechtssystematik liegen. Letzten Endes unbegründbare Wertentscheidungen, die nur angenommen oder abgelehnt werden können, spielen eine große Rolle.

Man kann der Ansicht sein, ein Verbrechen liege erst dann vor, wenn ein Rechtsgut real verletzt oder mindestens gefährdet worden ist.
Mit dem gleichen Recht kann der Kern des Verbrechens aber auch in der zutage getretenen Auflehnung gegen rechtliche Gesinnungswerte gesehen werden.
Beide Meinungen vertragen sich mit dem StGB, weniger schon mit dem neuen Entwurf, wenn er ohne wesentliche Änderungen so Gesetz wird, wie er jetzt vorliegt. Die Stellungnahme beim Versuch für die subjektive Theorie (§ 26 I E 1960) ist ein nicht zu übersehendes Anzeichen dafür, daß der Gesetzgeber der subjektiven Verbrechensauffassung zuneigt. Eine absolute Festlegung auch für die vollendete Tat enthält die Versuchsregelung allerdings nicht[1].

Entschließt man sich für die subjektive Verbrechensauffassung, wird die Behandlung des nRi wiederum weitgehend von unbegründbaren Wertentscheidungen beeinflußt. Sie beziehen sich auf die Frage, welchen Umfang der (Irrtums-) Tatbestand haben soll, welche Irrtümer an der Privilegierung des § 59 StGB teilhaben sollen.
Dabei muß berücksichtigt werden, daß auf Grund des Umkehrverhältnisses für jeden Fall, der positiv der Regelung des

---

1) Vgl. aber Bockelmann, Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Referat vor der großen Strafrechtskommission in: Strafrechtliche Untersuchungen 150 ff.

§ 59 unterworfen wird, negativ ein Versuch entsteht, während für jeden Fall, den man positiv als Verbotsirrtum behandeln will, auf der anderen Seite -in der negativen Erscheinungsform- das Wahndelikt die zwingende Konsequenz ist[1].

Bildlich gesprochen kommt es entscheidend auf die Weichenstellung an:
Stellt man die Weiche auf "objektive Verbrechensauffassung", gelangt man zur Straflosigkeit des nRi.
Stellt man sie auf "subjektive Verbrechensauffassung", verzweigen sich die Wege an dem Punkt, an dem man sich für die Stellung des Unrechtsbewußtseins im Verbrechensaufbau entscheiden muß[2]: sieht man es als Bestandteil des Vorsatzes (Vorsatztheorie) oder als selbständigen Teil zwischen Vorsatz und Schuld (eingeschränkte Schuldtheorie) an, kommt man auf hier noch parallelen Wegen zum gleichen Ergebnis, der Strafbarkeit wegen Versuchs. Sieht man das Unrechtsbewußtsein als Bestandteil der Schuld an (strenge Schuldtheorie), kommt man zum Wahndelikt.

---

1) Der Entwurf 1960 kann sich (wie verschiedene Schriftsteller) in dieser grundlegenden Frage nicht entscheiden, wie sich aus § 20 einerseits und §§ 39 II, 158 I, 159 III und 162 III andererseits sowie 291 II 2, 295 III 2, 419 IV 2 und 427 II 2 ergibt.
2) also für den Umfang des Tatbestands im Sinne des § 59 StGB

E. Eigene Stellungnahme

Am Ende der Untersuchung muß bekannt werden, welcher Ansicht der Vorzug gegeben wird.
Im Gegensatz zur herrschenden Meinung halte ich die objektive Verbrechensauffassung für richtig[1] mit der Folge der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs und des negativen Rechtfertigungsirrtums. Auf die zentrale Stellung des Rechtsguts kann nicht verzichtet werden[2]. Ansatzpunkt und Kern der strafrechtlichen Reaktion muß eine reale Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung (im Sinne der Definition von Hippels) sein.

1) Angelpunkt des Problems ist die F r e i h e i t des Einzelnen. Auf dem Grundpfeiler der Freiheit ruht die ganze westliche Weltanschauung, die ihrerseits aus dem Christentum hervorgegangen ist und ohne ihm nicht denkbar wäre. Diese Freiheit der selbstverantwortlichen Persönlichkeit[3]

---

1) Sie widerspricht nicht dem geltenden Recht, insbesondere nicht den §§56 und 44 StGB.
§56 knüpft an eine bereits strafbare Handlung an, bestimmt aber nicht, in welchen Fällen der Täter strafbar sein soll.
Die Bestimmung des §44, daß das versuchte Verbrechen lediglich milder bestraft werden k a n n als das vollendete, ist mit der objektiven Theorie ebenfalls vereinbar.
Auch hier wird bereits von einer strafbaren Tat ausgegangen. Die obligatorische Strafmilderung des Versuchs ist für den Objektivisten keine zwingende Forderung. Die Schuld, die das Strafmaß entscheidend beeinflußt, kann beim Versuch gleich schwer sein wie beim vollendeten Delikt. Der Standpunkt in §44, daß Rechtsgutsgefährdungen den Rechtsgutsverletzungen grundsätzlich gleichzustellen seien, ist Ausdruck einer rechtspolitischen Entscheidung, die mit der objektiven Verbrechensauffassung ohne weiteres vereinbar ist.
2) Mittasch 1o2
3) vgl. Welzel, Vom irrenden Gewissen 27

hat nicht nur eine positive Seite. Sie ermöglicht es dem einzelnen nicht nur, sich zu vervollkommnen und zum vollwertigen Menschen im Sinne des Humanismus zu entwickeln. Wesensnotwendig beinhaltet die Freiheit auch die Möglichkeit, sich für das Negative zu entscheiden, schlecht zu wollen und zu handeln. Freiheit ohne die Möglichkeit ihres Mißbrauchs ist nicht denkbar.

Für den Menschen als Individuum wird diese Freiheit niemand bestreiten. Da der Mensch aber eine Doppelnatur besitzt - er auch Gemeinschaftswesen ist -, kann er nur in beschränktem Rahmen böse wollen und handeln, nämlich nur solange und insoweit die Mitmenschen davon nicht betroffen werden.

Die Rechte der anderen engen den Wirkungskreis des einzelnen entscheidend ein.

Diese Rechte treten dem einzelnen aber nur ä u ß e r l i c h gegenüber. Mitbürger und Staat können lediglich verlangen, daß sie tatsächlich respektiert werden[1]. Für sich denken und wollen kann der einzelne, so schlecht er will. Dies ist keine Frage der Legalität - die den Staat angeht, sondern der Moralität - die der einzelne mit sich und seinem Gewissen auszumachen hat[2]. Der Staat muß dem einzelnen diese persönliche Freiheitssphäre lassen, will er nicht als ein Ungeheuer erscheinen, der das Individuum ausrotten will.

Der rechtsstaatliche Gesetzgeber ging und geht von der grundsätzlichen Freiheit des Bürgers aus, zu tun und zu lassen, was er will. Alle nur möglichen und denkbaren Handlungsvollzüge sind erlaubt, zumindest nicht verboten -

---

1) "Handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen bestehen kann." Die Rechtspflicht verlangt nicht, daß subjektiv aus Achtung vor dem Gesetz gehandelt wird, sondern nur, daß objektiv pflichtmäßig gehandelt wird, einerlei aus welchem Motiv - Kant, zitiert nach Holstein-Larenz 1o1,99

2) Fries 63 f. (Schüler Kants)

mit Ausnahme derjenigen, die als Straftatbestände ausdrücklich und abschließend erfaßt sind[1]. Nur Verletzungen solcher Rechtsgüter und Zuwiderhandlungen gegen solche Normen, die in den Straftatbeständen berücksichtigt sind, können bestraft werden[2]. Alle anderen Handlungen, mögen sie dem Rechtsgefühl auch noch so sehr zuwiderlaufen, sind strafrechtlich irrelevant.

Diese freiwillige Selbstbeschränkung des Staates zu Gunsten der Freiheitssphäre des einzelnen wird in weitem Umfang hinfällig, wenn man den Strafgrund und damit den Punkt, bei dem die Strafbarkeit einsetzen soll, subjektiv bestimmt.
Zwar kann und soll nicht bestritten werden, daß in den Strafdrohungen der Handlungsunwert neben dem Rechtsgüterschutz eine entscheidende Rolle spielt. Man denke nur an die verschiedenen Diebstahls- oder Tötungsfälle, in denen bei gleichem geschützten Rechtsgut verschiedene Angriffshandlungen verschieden schwer bestraft werden. Es darf dabei aber nicht übersehen werden, daß auch die Delikte mit betontem Aktunwert, wie etwa § 173 StGB, ihre Substanz erst aus dem in der Handlungsmodalität freilich zurücktretenden, aber doch richtungweisenden Rechtsgut empfangen[3].

Das Strafrecht ist in erster Linie Güterschutz, Rechtsgüterschutz. Erst eine aber Handlung, die ein Rechtsgut objektiv angreift, soll den Strafmechanismus auslösen können. Ist er einmal in Gang gekommen, können und müssen subjektive Momente berücksichtigt werden, insbesondere bei der Strafzumessung.

Ein weiterer Aspekt der menschlichen Freiheit - neben der

---

1) Zitelmann, Lücken im Recht 19, 24, 25
2) Mittasch 14 - das Strafgesetz ist die Magna Charta des Verbrechers. In ihm ist der zweckmäßigen Verbrechensbekämpfung eine Schranke errichtet, die im Interesse der Freiheit des Individuums nicht überschritten werden darf.
3) Vgl. in etwas anderem Zusammenhang Maurach 180

Handlungsfreiheit - ist die persönliche, die Bewegungsfreiheit, der Anspruch auf grundsätzliche Unantastbarkeit der Person.

" Die objektive Verbrechensauffassung allein sichert die Freiheit des Bürgers. Wird das tatsächlich Geschehene für bedeutungslos erklärt und alles nur auf die Vorstellungen des Täters abgestellt, oder gar nur auf die Vorstellungen, die er hätte haben können und sollen (!), kann der Richter praktisch entscheiden, wie er will; um eine Begründung wird er nicht verlegen sein. Es hat Zeiten gegeben, in denen diese Besorgnis nicht unbegründet war. Aber auch heute wirken autoritäre Auffassungen noch nach und die Verhältnisse im Staat sind nicht so beruhigt und gefestigt, daß die Schranke weggeräumt werden dürfte, die die objektive Verbrechensauffassung der Willkür der Staatsorgane entgegenstellt"[1].

"Es kann mich niemand überzeugen, daß nicht Vorstellungen, Absichten, Meinungen des Täters sich "leichter", das heißt unangreifbarer feststellen lassen als die faktischen Umstände des äußeren Geschehens, die einer Überprüfung in viel kritischerer Weise ausgesetzt sind. So öffnet die subjektive Theorie der Willkür des Richters das Tor, die objektive Theorie verschließt es ihr. Und das macht die rechtsstaatliche Bedeutung der objektiven Theorie aus"[2].

Wenn die subjektive Theorie bereits an dem Punkt in die Lehre vom Verbrechen eindringt, an dem es um die Frage "grundsätzlich strafbar oder nicht, strafrechtlich relevant oder irrelevant" geht, ist nicht abzusehen, wo ihr Einhalt geboten werden kann. Sie hat die Tendenz, sich in allen Gebieten auszubreiten.
Wenn der Damm des Tatstrafrechts irgendwo durchbrochen wird, können die Weiterungen kaum mehr beherrscht werden, wie die Entwicklung bis hin zur Kieler Schule lehrt.

---

1) Rittler 78
2) Rittler 109

Die Abgrenzung von Vorbereitung und (tauglichem) Versuch ist (ebenfalls) ein lehrreiches Beispiel. Die Rechtsprechung, vor allem des Reichsgerichts, zeigt, wohin ein konsequenter Subjektivismus führt. Erschreckt durch diese Ergebnisse, versucht ein Teil des Schrifttums, mit der objektiven Abgrenzungstheorie eine Schranke zu errichten und der uferlosen Ausweitung der Strafbarkeit des "tauglichen" Versuchs entgegenzuwirken.

2) Eng damit zusammen hängt die A u f g a b e d e s S t a a t e s. Er hat das Zusammenleben und die sittliche Vervollkommnung seiner Bürger zu e r m ö g l i c h e n [1]. Er hat aber nicht die Aufgabe, seine erwachsenen Bürger sittlich zu erziehen und unsittliche Handlungen zu bestrafen[2]. Er hat sich damit zu begnügen, zu überwachen, daß die Handlungen mit dem Gesetz übereinstimmen. Aus welchen Erwägungen dieses Rechtmäßig-Handeln erfolgt, kann und muß für den Staat gleichgültig sein[3].

Die Gesinnung ist eine Frage der Moral, dem Staat und seiner Einwirkungsmöglichkeit entzogen[4]. Die Rechtsordnung hat ein Interesse daran, daß bestimmte Dinge getan oder nicht getan werden[5]. Das Recht ist objektive Lebensordnung

---

1) Schelling in seiner Altersphilosophie (nach Holstein-Larenz 136)
2) Der Ansicht Engisch', das Recht sei auch Träger von sittlichen Gedanken, es sei zur Kräftigung der Sittenordnung berufen (Einführung in das juristische Denken 98), kann nur bedingt zugestimmt werden.
Wenn dies bedeutet, daß sich der Gesetzgeber bei Schaffung des Rechts von sittlichen Erwägungen habe leiten zu lassen und diese Entscheidungen im Recht sichtbar sind, ist dem beizupflichten. Soll damit aber gesagt werden, daß der Staat als Sittenrichter zu fungieren hat und Taten bestrafen soll oder muß, die zwar aus einer unsittlichen Gesinnung entspringen, aber kein Rechtsgut verletzen oder gefährden, muß dem widersprochen werden - vgl. auch Fries 29 f., 112 ff.
3) Hans J. Wolff, Sauer-Festschrift (1949)114
4) Die Verwirklichung einer sittlichen Ordnung liegt nach Kant gänzlich außerhalb der Grenzen des Rechts - Mittasch 97
5) Kadečka ZStW 59/11

zum äußerlich geordneten Zusammenleben[1].
Der Staat ist keine Einrichtung, die zur Förderung der sittlichen Tugenden dient (wie Aristoteles lehrte), er ist nicht "die Wirklichkeit der sittlichen Idee" (Hegel). Seine Idee und sein Zweck ist vielmehr die Wahrung gemeinsamer Güter und Werte, insbesondere die Herstellung inneren Friedens durch das Recht[2], durch Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, durch Schutz von Leben, Freiheit, Eigentum, Arbeitskraft und Volksgesundheit.

Die Wahrung gemeinsamer Werte ist heute problematisch geworden, denn welche Werte sind noch Gemeingut? Der Grundstock ist klein geworden, nicht einmal die im Grundgesetz verankerten Grundrechte werden allgemein anerkannt. Natürlich kann kein Staat nur nach utilitaristischen Gesichtspunkten ausgerichtet sein. Denn die Frage danach, was nützlich und was schädlich ist, kann nur auf Grund von Wertentscheidungen beantwortet werden.

Die auf Grund solcher Werterwägungen getroffenen und von der Mehrheit des Volkes gebilligten Entscheidungen durchzusetzen, ist das gute Recht des Staates. Von den Rechtsunterworfenen, die mit diesen Entscheidungen nicht einverstanden sind, kann aber nicht verlangt werden, sie dürften nichts diesen Entscheidungen Schädliches w o l l e n .

Das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats autorisiert dazu, die von der Mehrheit gewollten oder mindestens gebilligten Ziele notfalls mit Gewalt zu verfolgen. Sonst wäre ein staatliches Zusammenleben undenkbar. Es ermächtigt jedoch nicht dazu, in die Seele des einzelnen zu schauen und ihn wegen Taten, die die Erreichung der gesetzlichen Ziele nicht gefährden können (wie beim untauglichen Versuch) oder die sogar äußerlich völlig in Einklang mit den Zielen

---

1) Maihofer, Rittler-Festschrift 143
2) Walther Schönfeld, Zur Frage des Widerstandsrechts 43 - "Der Ursinn des Rechts ist der Friede, der Friede im Streit"

und Bestrebungen der Mehrheit stehen (wie beim nRi), zu bestrafen, nur weil er Böses will. Aufgabe des Staates ist die Rechtsgutserhaltung, nicht Gesinnungsriecherei und -richterei[1].

Zu Zeiten, in denen die sittlichen Überzeugungen noch praktisch Gemeingut waren und in denen der Staat auf göttliche Einsetzung (religiöse Staatsidee etwa Augustinus', Novalis') zurückgeführt wurde, wäre es vielleicht zu verantworten gewesen, einen Täter wegen seines dokumentierten unmoralischen Wollens schon auf dieser Erde zu bestrafen. Zumindest seit dem auf Grund der Erschütterungen durch die Weltkriege eingetretenen Verfall der sittlichen Gemeinüberzeugungen ist dies nicht mehr vertretbar. Der Staat, die Justiz kann den einzelnen nicht auf Mehrheitsentscheidungen sittlich verpflichten. Äußerliche Respektierung des Mehrheitswillens kann verlangt werden, moralische Verpflichtung darauf nicht[2].

Um mit den Worten von Laun[3] zu sprechen: der Staat kann nur verlangen, daß der einzelne der Gewalt gehorcht. Er kann von seinen Bürgern aber nicht fordern, daß sie das positive Recht, d. h. die Gesetze, Staatsverträge etc. billigen, daß sie sie im einzelnen Fall ihrer Anwendung als S o l l e n , als innere Nötigung ihres Gewissens oder Rechtsgefühls erleben, mit anderen Worten, daß das positiv Gesetzte für den einzelnen zum Recht wird.

3) Auch ein kriminalpolitischer Grund spricht für die objektive Verbrechensauffassung.
Das Strafrecht ist sekundärer Natur. Von ihm soll nur Gebrauch gemacht werden, wenn kein anderes, milderes Mittel mehr zum Ziel führt bzw. zu führen verspricht.

Jure est civiliter utendum: bei der Auswahl der staatlichen

---

1) Binding, Normen II,1 232
2) Fries 13 f.
3) Recht und Sittlichkeit 15 f.

Machtmittel sollte das Strafrecht, eine wahre ultima ratio regis, an letzter Stelle stehen und erst dann auf den Plan treten, wenn dies zur Wahrung des öffentlichen Friedens unerläßlich ist[1].

Ist die subjektive Theorie mit dieser Beschränkung der Strafreaktion auf die Fälle, in denen es unumgänglich ist, vereinbar?
Der Staat bzw. Strafrechtspraxis und -theorie scheinen sich der Macht des Rechts nicht sehr sicher zu sein, wenn sie es zur Bewahrung der Rechtsordnung für nötig halten, auf jeden dokumentierten Auflehnungswillen empfindlich zu reagieren, der sich gegen ein geschütztes Gut richtet. Auch wenn er es in keiner Weise gefährden kann[2].

Besser wäre es, der Staat würde sich wenigstens im Strafrecht wieder mehr auf sein Wächteramt zurückziehen und in erster Linie für das Wohl seiner Bürger sorgen. Den Schutz seines eigenen Wohls sollte er auf unumgängliche Fälle beschränken, wozu etwa die Bestrafung des nRi nicht gehört[3].

Der Staat sollte froh sein, wenn objektiv ihm nützliche Handlungen vorgenommen werden. Die Rechtsordnung hat ausschließlich auf den objektiven Wert der Tat für die Gemeinschaft Gewicht zu legen und darf die Frage nach Recht und Unrecht nicht vom guten Willen des Handelnden abhängig machen[4].

Schon H.A. Fischer[5] hat betont, daß jede Rechtsordnung,

---

1) Maurach 21
2) Vgl. die bezeichnenden Ausführungen v. Gemmingens, DStR 1935/1o5 ff., welche zwar stark von der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsidee beeinflußt sind, die aber zeigen, wohin der Weg einer konsequenten Willensbestrafung führen muß. Auch Schaffstein, DStR 1935/97 ff. ist hier zu nennen
3) Mittermaier, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 63/427 betont mit Recht, daß wir ohnehin an einer inflation pénale leiden. Eine übermäßige Strapazierung der Strafe bewirkt das Gegenteil dessen, was eigentlich erreicht werden soll (wie sich im Dritten Reich gezeigt hat).
4) Sauer, Grundlagen des Strafrechts 348. Hält man sich den zweiten Ausgangsfall (Tötung des Mannes des feindlichen Spähtrupps) vor Augen, ist diesen Ausführungen zuzustimmen.
5) 293

welche Gesinnungstüchtigkeit durch äußere Maßregeln zu erreichen strebt, mit dieser Grenzüberschreitung in das Gebiet der reinen Ethik nichts erreicht. Nach Fries[1] erreicht man dann nicht Sittlichkeit, sondern nur Heuchelei.

Mit der Stellungnahme für die objektive Verbrechensauffassung ist noch nichts darüber gesagt, wie der Verbrechensaufbau erfolgen kann und soll. Aus dem Bereich der Strafbarkeit werden nur von vorneherein die Fälle ausgeschieden, in denen kein geschütztes Rechtsgut verletzt oder gefährdet wurde. Wie systematisch zu verfahren ist, wenn eine solche Verletzung oder Gefährdung eingetreten ist, wird durch die objektive Stellungnahme nicht vorweg festgelegt.
Die objektive Auffassung bildet lediglich einen Deich gegen die uferlose Ausdehnung des Strafanspruchs des Staates. Für den Verbrechensaufbau läßt sie den nötigen freien Spielraum, um sich alle Erkenntnisse der modernen Strafrechtsdogmatik zunutze zu machen.

---

1) 117 f.

L e b e n s l a u f

Am 1. September 1936 wurde ich als zweites Kind des Bankbeamten Josef König und seiner Ehefrau Marianne, geborene Beck in München geboren.

In München besuchte ich die 1. Klasse der Versailler- (jetzt Ernst-Reuter-) Schule, von 1943 bis 1945 die Volksschule in Wiesau / Oberpfalz, wohin wir evakuiert worden waren. Nach München zurückgekehrt, beendete ich die Volksschulzeit mit der 4. Klasse wiederum in der Versailler-Schule.

Am 1. September 1946 trat ich in die Luitpold-Oberrealschule in München ein. 1954 legte ich dort das Abitur ab.

Seit dem Wintersemester 1954/55 studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaften; in den Ferien arbeitete ich als Werkstudent. Die erste juristische Staatsprüfung 1958/II bestand ich im Januar 1959 in München mit der Note "gut" (3,3o).

Seit dem 16. Februar 1959 leiste ich den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ab.